

DE VERGELIJKENDE INFORMATIE AAN DE CONSUMENT

EEN RECHTSVERGELIJKENDE STUDIE

KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN
Nederlandse afdeling
FAC. RECHTSGELEERDHEID
BIBLIOTHEEK

X 729

Studie, aangeboden als proefschrift tot het bekomen van de wetenschappelijke graad van doctor in de rechtsgeleerdheid, aan de Katholieke Universiteit te Leuven, Faculteit der Rechtsgeleerdheid.

door
Gabriël-Luc BALLON
doctor in de rechten
monitor

"De vreemde geur was nu sterker en kwam over de top van de heuvel in een geurige golf die hem krachtig trof - zoals de geur van oranjebloesems in het Middelandsezeengebied de reiziger opvalt die haar voor de eerste keer ruikt. Geboeid rende hij naar de top. Dichtbij was nog een haag en daarachter, zachtjes wuivend in de wind, was een veld met tuinbonen in volle bloei. Hazelaar ging op zijn hurken zitten en keek naar het ordelijke woud van kleine zeegroene bomen met hun zuilen van zwart-witte bloesems. Hij had zoiets nog nooit gezien. Tarwe en rogge kende hij, en hij was een keer in een veld met knolrapen geweest. Maar dit was iets volkomen anders en scheen op de een of andere manier, gezond, gunstig. Het is waar, konijnen konden deze planten niet eten; dat kon hij ruiken. Maar zij konden er veilig tussen liggen zolang zij wilden, en zij konden zich er gemakkelijk en onzichtbaar tussen bewegen."

(Richard ADAMS, waterschapsheuvel, Utrecht/Antwerpen, 6e druk, 1975, blz. 43.)

Het citaat op voorgaande bladzijde werd gekozen, enerzijds als een (zwakke) poging tot relativieren, anderzijds ter illustratie van het belang van dit proefschrift. Inderdaad, ware onze consumptie even probleemloos, onze kennis daaromtrent even intuïtief trefzeker als deze van konijnen, dan had dit proefschrift niet hoeven en kunnen geschreven worden. In een niet zo ver verwijderd verleden verliep de gezinsconsumptie zelfs grotendeels even probleemloos : men kocht slechts wat men van huis uit had leren beoordelen op zijn waarde, terwijl het aanbod nog lang niet de omvang en de diversiteit vertoonde, die het thans kenmerkt. De evolutie van het economisch en sociaal gebeuren heeft zulke aangeleerde beoordeling op zeer vele terreinen onmogelijk gemaakt : rationeel consumeren is thans een zo veelzijdig gebeuren geworden, waaraan men zelfs een haast filosofische dimensie heeft gegeven, dat men het zonder voorlichting niet meer aankan. Een beschrijving van de juridische problemen rond deze voorlichting wordt in de volgende bladzijden geboden. Vooraleer evenwel deze taak aan te vatten is het ons een aangename plicht allen te danken die bijdroegen tot de realisatie van dit proefschrift.

Hierbij denk ik allereerst aan mijn promotor, Professor Dr. G. van Hecke, van wiens talrijke vingerwijzingen en opbouwende kritiek dit werk de stempel draagt. Niet alleen dwong hij mij de uiteenzetting voortdurend kritisch te overdenken, bovendien mocht ik van hem talrijke opmerkingen ontvangen, geput uit zijn grondige kennis van rechtsleer en rechtspraak op de meest uiteenlopende domeinen van het recht. De bakens waarbinnen het onderwerp hier werd behandeld, heeft hij aldus fundamenteel bepaald.

Op de tweede plaats richt ik een woord van dank tot Professor Dr. M. Gotzen, die mij het onderwerp suggereerde en door talrijke bibliografische verwijzingen en kritische reacties het binnendringen in het omvatte probleem aanzienlijk verge-

makkelijkte.

Omwille van hun kritische reacties en van de documentatie die ik van hen mocht ontvangen, dank ik de Professoren J. Ronse, W. van Gerven en L.P. Suetens, ordinarii der rechtsfaculteit, Professor J.M. Polak van de landbouwhogeschool te Wageningen, Professor G. Schricker, Direktor van het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht te München, en de Heer J. Stuyck, eerstaanwezend assistent aan de rechtsfaculteit.

Aan professor W. van Gerven ben ik bovendien bijzondere dank verschuldigd omdat hij mij de kans bood opzoekingswerk van meerdere maanden in verband met de wetgeving, te valoriseren door het op te nemen in het onder zijn kundige leiding uitgegeven Wetboek Financieel en Economisch Recht.

Verscheidene mensen dank ik om de documentatie en de aanwijzingen die zij mij bezorgden. Zonder hun hulp zou dit proefschrift nooit in dezelfde mate als thans het geval is kunnen steunen op de concrete praktijk van het vergelijkend warenonderzoek. Mijn bijzondere dank hiervoor betreft de heren Paul Richély, directeur van VIVÉC, en Willy Storms, van de studiedienst van de BGJB. Verder dank ik de Heer Hans De Coninck, juridisch adviseur bij de Verbruikersunie, de Heer Joseph Gilles, Secrétaire Général van de Ligue des Familles Nombreuses et des Jeunes Foyers, de Heer Wilfried Verlinde, juridisch adviseur bij de BRT; de Heer Piet Denys, bibliothecaris van de BGJB en Mej. Drs. Stolk, van de juridische dienst der Nederlandse Consumentenbond.

Vanzelfsprekend had ik deze studie nooit kunnen ondernemen zonder de materiële steun van de Katholieke Universiteit te Leuven, mijn werkgeefster en zonder de beschikking over de uitrusting en het personeel van haar rechtsfaculteit, van wie ik Mevrouw V. Van Meerbeek-Verbist hier in het bijzonder wil vermelden.

Ook aan Professor Dr. J. Herbots, afdelingsverantwoordelijke, en aan mijn collega's monitoren ben ik zeer veel dank verschuldigd, niet alleen voor de ontelbare kleine en grote diensten en inlichtingen waardoor zij mij het werken als monitor aanzienlijk vergemakkelijkten. Zij creëerden bovendien een klimaat van vriendelijke bereidwilligheid dat het werken aan dit proefschrift zeer veraangenaamde en vergemakkelijkte.

Een laatste en zeer speciaal dankwoord richt ik tot de Hoogeerwaarde Heer Abt Jan Goetgebuer O.S.B. en aan de communauté der Abdij Affligem. Zij boden mij een erg gewaardeerd asiel van rust en ingetogenheid, toen één en nadien twee kleine jongens, door hun luidruchtig-vrolijke blijken van bestaan, het schrijven aan dit proefschrift al te zeer bemoeilijkten.

Om haar steun en haar geduld gedurende de lange jaren dat het werken aan dit proefschrift mijn voortdurende bekommernis uitmaakte, en omdat het aldus ook haar zorgenkind is, draag ik dit proefschrift op aan mijn vrouw.

Leuven, oktober 1975.

Noot 9, blz. 4

Bij de laatste grondwetsherziening werd nochtans een voorstel tot invoering in de Grondwet gedaan van een nieuw artikel 6 quater betreffende de bescherming van de consument. Zie : Parl. Besch., Kamer, 1970-71, 875 - 1.

Noot 104, blz. 63

In België werd een vergelijkend warenonderzoek uitgaande van de Nederlandse Consumentenbond afgedrukt in het dagblad De Krant van 1 dec. 1975. Ter gelegenheid van het auto-salon hebben de dagbladen van de Standaard-groep vergelijkende besprekingen gemaakt van auto's. De Standaard, week van 12 tot 18 januari 1976.

Noot 161, blz. 81

Vgl. Tr. Gr. Inst. Guincamp, 7 maart 1969, onuitgegeven : Het voorstellen als een neutraal laboratorium dat hooggekwalificeerd is, van een kleine werkplaats, waarin niemand de vereiste bekwaamheid bezit om de beweerde controles door te voeren, is een misleiding van het publiek.

Noot 210, blz. 100

Kooph. Brussel, 15 mei 1970, bev. door Brussel, 24 mei 1974, Ing. Cons., 1975, 29 en 32 Voorziening in Cassatie verworpen door Cass., 22 mei 1975, R.W., 1975-76, 1188.

Noot 342, blz. 153

Het tegen Gent, 26 april 1973, R.W., 1973-74, 480. Vandendaele, noot L. GALAUDE, ingestelde cassatieberoep werd verworpen bij Cass., 12 sept. 1975, R.W., 1975-76, 853, noot L. DE WILDE : Audiovisuele reportage en persoonlijkheidsrechten van de auteurs ervan, R.W., 1975-76, 839.

Noot 532, blz. 210

Adde : H.R., 15 april 1975, N.J., 1976, 23 en vooral de noot A.L.M. bij dit arrest, Boycott Outspan Actie.

Noot 49, blz. 405

Adde : Benelux-Gerechtshof, 1 maart 1975, R.W., 1974-75, 2059; GRUR AIT, 1975, 399; N.J., 1975, 472; noot WICHERS HOETH, Claeryn en het eindvonnis in deze zaak : H.R., 27 juni 1975, N.J., 1975, 473.

INLEIDING.

1. De hierna volgende bladzijden bespreken de vergelijkende informatie verstrekt aan de consument over goederen en diensten, naar Belgisch, Duits (1) en Nederlands recht.

2. Onder informatie verstaan wij hier elke kennisoverdracht, elke mededeling van gegevens die de aankoop of de duur van goederen en diensten vergemakkelijken, die bijdragen tot of minstens de mogelijkheid bieden tot een vergroting der rationaliteit - hetzij positief door het verlenen van inzicht betreffende nog niet als dusdanig ervaren problemen, hetzij negatief door het uitschakelen van vooroordelen - van het economisch gedrag van de geïnformeerde consument. Deze bewustwording die wordt beoogd in verband met de mogelijkheden om de aangevoelde behoeften te bevredigen, dient ook te leiden tot een betere bewustwording omtrent de behoeften zelf (2).

Deze informatie kan twee vormen aannemen, namelijk van inlichtingen die worden verstrekt en die in het ideale geval een beter overzicht over de bestreken markt geven en ook concurrentiebevorderend werken en daarnaast van overreding die een beperking van de concurrentie beoogt omdat zij actief handelen in een bepaalde richting stimuleert en de informant veel minder om de rationaliteit van het handelen dan wel om het profijt van dit handelen voor zichzelf bekommerd is (3). Doordat het de informant

(1) Onder Duitsland wordt hierna verstaan, de Duitse Bondsrepubliek.

(2) Vooral de informatie van de aanbieders van goederen en diensten is erop gericht, al dient men voor dezen dit bewustmaken te zien als een scheppen van noden en het richten der behoeften en hun bevrediging naar de economische prestaties van de informant.

(3) GIRAUD, L'importance économique de la marque, blz. 174. Sommige auteurs hebben op grond van deze tweede pool ook de verwachtingen der verbruikers omschreven. Dezen zouden niet zo zeer informatie wensen die leidt tot een groter rationeel inzicht, dan wel zich totaal laten leiden door de vanwege de aanbiederszijde gewekte verwachtingen en gesuggereerde gevoelens. Zie: BRUECKNER P., Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, blz.32 e.v.

voordeel bijbrengt is het in zijn ogen ook rationeel. Ons uitgangspunt is hier echter de informatie die de rationaliteit van het handelen ervan volgens in hoofde van de geïnformeerde consument verhoogt of beoogt te verhogen en daartoe ook in de mate van het nodige overredend beoogt te zijn.

3. Vooraleer over te gaan tot een verantwoording van de gevolgde methode en van de wijze van opbouw van deze studie willen wij de hier reeds gevallen "grote" woorden als consument, rationaliteit, concurrentie en overzicht over de markt verder preciseren in functie van de informatie.

Wie is Verbruiker ?

4. In principe is elkeen verbruiker daar elkeen goederen voor de bevrediging van zijn behoeften aanwendt. De rechtsorde legt echter niet zozeer de nadruk op de nutsontwikkeling, dan wel op de verwerving voor eigen gebruik (4). Dit is ook voor deze studie de enig relevante beschouwingswijze, vermits de hierna beschreven voorlichting als vereiste wordt gesteld of als ontbrekend aangevoeld wordt met het oog op het actief optreden in functie daarvan op de markt. Een verdere beperking dringt zich voor ons onderzoek daarbij op: niet beschouwd wordt de professionele verbruiker, diegene die aankoopt voor beroepsdoeleinden en dus, zo men de economische theorie even ter hulp roept, geen ge- of verbruiksgoederen maar produktiemiddelen aankoopt. Het uitsluiten van deze categorie van professionele verbruikers berust op de veronderstelling

(4) Vgl. Cass., 23 april 1951, Pas., 1951-I-580; BALLON, De voorschriften nopens de prijsaanduiding in de nieuwe wet op de handelspraktijken, T.P.R., 1972, 239 (240) met verwijzingen; SCHRICKER, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz, RabslsZ, 1972, 315 (317); Tilmann SCHNEIDER, Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB, 1974, 764 e.v. op grond van een nauwkeurige ontleding van het Duitse positieve recht; POLAK J.M., Consument en Recht. Een consumentenrecht, S.E.W., 1968, 425 (428).

dat zij vooraleer aan te kopen meer overleg plegen of geacht worden te plegen dan de gewone verbruiker (5). Verder heeft deze uitschakeling tot gevolg dat hieruit ipso facto kan besloten worden tot het ontbreken van elke relevante marktmacht van ieder der aldus beschouwde verbruikers afzonderlijk.

Van minder belang is dus het onderscheid tussen "nur-Konsumenten" en "auch-Konsumenten" door VON REICHENAU gemaakt en dat soms wordt gehanteerd (6), evenals de thans meer en meer aanhang winnende opvatting dat verbruik en verbruiker meervoudige begrippen zijn, omdat de consumptie niet ophoudt bij de afsluiting van een contract, maar dat in het proces van marktontneming de verbruiker een markt- en economische partner is, een deelnemer met rechten en plichten die boven de loutere marktontneming uitgaan (7).

(5) Ook de wetgever heeft soms zulke redeneringen gemaakt: aldus werd de beperking in de WHP van het verbod van gezamenlijk aanbod tot het aanbod van de consument (behoudens zo de Koning ex art. 43, 8° WHP dit verbod tot het aanbod aan wederverkopers zou uitbreiden) op deze grondslag gemotiveerd: VAN BUNNEN L., La vente avec primes dans la nouvelle loi sur les pratiques du commerce, J.T., 1971, 657 (rechter kolom).

(6) Het stuit ook op kritiek van hen die stellen dat "nur-Verbraucher" zijn niet of haast niet mogelijk is. Iedereen zou ooit ook producent zijn van goederen of bevooroordeeld zijn door de ideeën die van deze groep uitgaan: BOCK, Der Verbraucher in soziologischer Sicht, in BOCK en SPECHT, Verbraucherpolitik, blz. 32-33. Vgl. VERSHOFEN, Handbuch der Verbrauchsforschung, blz. 17 e.v.

(7) BOCK, a.c., l.c., blz. 26-27; VON BRAUNSCHWEIG, Der Konsument und seine Vertreter, blz. 13 e.v.

In de traditionele theorie der vrije markteconomie wordt de rol van de consument bepaald door te stellen dat hij de produktie bepaalt door het aanwenden van zijn koopkracht in een bepaalde richting. "La consommation est l'unique but de toute production et l'intérêt des producteurs ne doit être considéré que dans la mesure que requiert la promotion des intérêts des consommateurs." Adam SMITH, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Traduit de l'anglois par J.A.ROUCHER, (4 delen, Paris, an III), II, blz. 141. Vgl. J.B.SAY, Cours complet d'économie politique pratique, III, blz. 264-274 (de l'influence de

.../...

Deze laatste mening lijkt zich thans ook door te zetten en als uitgangspunt te gelden bij de interpretatie van de wetgeving of in de rechtsleer die zich op één of andere wijze om de consument en zijn bescherming bekommeren (8).

Het merendeel der juristen is daaraan echter nog niet of niet helemaal toe en ondervindt, in tegenstelling tot sociologen en economen, enig gevoel van onbehagen, dat gemotiveerd wordt door het ressentimentgeladen karakter der beweging voor meer en een veralgemeende bescherming van de consument ("wildgeworden huisvrouwen"), door haar politisering of omwille van het feit dat de consument nog niet tot een normaal gewoon begrip der wettentaal geworden is (9). Verder kan men er ook op wijzen dat de consequen-

.../... la consommation sur la production) en 275-282 (de l'influence des consommations sur l'espèce des produits), Brussel, 1832 (waarschijnlijk een roofdruk in vier delen naar de Franse editie van 1827). Soeverein en totaal vrij kiezen de consumenten, bewust van het feit dat zij bij het spenderen van hun inkomen een determinerende invloed uitoefenen op de samenstelling van de productie. Door zijn winststreven dient de producent het belang der verbruikers en meteen ook het algemeen belang en in de mate dat hij deze belangen efficiënt behartigt wordt hij ook beloond. In wezen is dit vaak ook het beeld dat juristen voor ogen zweeft bij de behandeling van juridische problemen die de belangen der verbruikers raken: men zie bv. GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 876 e.v.; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 8 e.v. bij § 8 RabattG. Legt men dit beeld naast de realiteit dan blijkt hoe (ver)vreemd het daartegenover is: de consument wordt beïnvloed, niet hij beïnvloedt; de reusachtige bedragen besteed aan reclame bewijzen dit. Bovendien was de traditionele opvatting in zoverre inconsequent dat zij niet aanvaardde dat de consument inkomen kon voortbrengen of in staat was de toedeling daarvan vast te stellen. De consumenten ontvangen volgens deze analyse hun inkomen in de regel van het bedrijfsleven en van de overheid en geven dit inkomen in een vrij gelijkmatig tempo uit: KATONA, Massaconsumptie, blz. 24 die meent dat deze analyse louter lippendienst beweest aan de consument, daar zij in feite ontkennde dat de behoeften en verlangens van de consument van belang waren in het ruilverkeer.

(8) POLAK, a.c., S.E.W., 1968, 425 e.v.; W.b.de WHP, zie: Parl. Besch., Senaat, 1968-69, nr.415, blz. 16; SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 118a, blz. 170-173.

(9) SCHNEIDER, a.c., BB, 1974, 764 met verwijzingen. Vgl. BAKELS, Macht en onmacht in het privaatrecht, citaat bij POLAK, a.c., S.E.W. 1968, 425.

ties van behartiging en bescherming van de belangen van de consument, ingrijpende wijzigingen, ja zelfs moeilijk te realiseren opsplitsingen zou vereisen in het civiele en het economisch recht. Mogelijk wortelt dit onbehagen zelfs dieper in een angst om complexisering van een systeem ten voordele van een partij wiens mondigheid eerder als een stoornis wordt ervaren, of in het feit dat de rechtswetenschap de opvordering tot speciale bescherming nog slechts fragmentair en onsystematisch heeft gesteld en de wetgever en de jurist voorlopig nog met niet zo klare begrippen op dit terrein dient te bewegen (10).

Deze bezwaren - die naar wij hopen slechts tijdelijk zullen gelden - kunnen ook tegen de hierna volgende bladzijden worden ingebracht. Omdat wij hopen ons er voldoende van bewust te zijn, en omdat een zich op het economisch en sociologisch terrein zo zeer naar voor dringend verschijnsel ons dwingt over deze bezwaren heen te stappen, menen wij er niet al te zwaar aan te moeten tillen.

5. Ook het rationele karakter van het geviseerde handelen, waar- toe de informatie dient bij te dragen, moet hier verder belicht worden. Rationeel betekent taalkundig gezien wat redelijk is, wat met de inzichten van het verstand overeenstemt, wat logisch is.

(10) Een overzicht der wetgeving vindt men bij J. DE PEUTER, Inleiding tot de studiedag betreffende het commerciële misdrijf, een misdrijf zonder straf, Colloquium over economisch strafrecht, Turnhout, 6 dec. 1972; SCHRICKER, a.c., *RabelsZ*, 1972, 315 e.v.; ID., *Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz*, GRUR 117, 1970, 32 e.v.; POLAK, a.c., *S.E.W.*, 1968, 425 e.v.

Onbehagen en onzekerheid betreffende de aangewende terminologie in een wet die verbruikersbescherming mede beoogt, treedt regelmatig naar voor in de rechtsleer over de WHP. Men zie aldus voor de term "verbruiker": DE CALUWE-DELCORDE-LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, I, blz. 149; Voor de term "aanbod": SCHRICKER-FRANCO, *Belgique*, nr. 713a.

Economisch gezien uit zich dit in de bewuste nastreving van een optimale, onverbeterbare behoeftenbevrediging.

Vat men evenwel de rationaliteit van het economisch handelen zo absoluut, dan wordt de nastreving ervan een onmogelijke opdracht : het zou het uitsluiten vereisen van elk impulsief of gevoels-gemotiveerd handelen, wat niet mogelijk is. De consument handelt niet rationeel, als een berekenend, immer naar het grootst mogelijke voordeel zoekend mechanisme, evenmin als hij wordt beheerst door grillen en invallen. Veeleer stemt hij zich af op een aantal steeds wederkerende karakteristieken van de aankoop: belang-rijkheid, frequentie, omvang van het aanbod, eigen ondervinding of op een of andere wijze opgedane kennis (11). Kan men dus niet stellen dat de consument rationeel of impulsief handelt, wel mag gesteld worden dat hij haast steeds bewust handelt. Hieronder valt volgens sommigen zelfs nog een impulsieve keuze wanneer deze omwille van de vreugde om het impulsieve handelen welbewust wordt gemaakt of wegens het avontuur dat erin bestaat de gevolgen van niet zorgvuldig overwogen handelingen te beleven. Niet rationeel en onvoldoende economisch gefundeerd zou slechts dat handelen zijn dat op valse overwegingen of zeer onvolledige fragmentaire berekening steunt, waarvoor niet alle beschikbare gegevens werden gebruikt of dat op onbeheerste stemmingen of gedachteloze overname van raadgevingen teruggaat (12), m.a.w. totaal willekeurig handelen. Hoewel het fundamenteel recht van elke consument/vrij te beschikken over de aanwending van zijn koopkracht, en daarvoor te steunen op elk motief dat hem goeddunkt, toch kan de nastreving van rationaliteit als normatief beginsel dat de wetgever en de rechter dient te leiden, niet zo maar over boord gegooid worden en vervan-

(11) Vgl. KATONA, De invloed van de consument, blz. 304-309; SCHERHORN, Information und Kauf, blz. 32; BALLON, Is het merkenrecht een nuttig instrument van verbruikersvoorlichting?, T.P.R., 1971, 351 (377).

(12) ABBOTT, Qualität und Wettbewerb, blz. 62-63; VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 26 e.v.

gen door een verheffing van de feitelijke keuze in een concrete situatie, die men dan een rationeel karakter toekent (13). Tegen deze opvatting pleit niet dat de verwerving van rationeel inzicht in de behoeften en hun mogelijke bevrediging lang duurt en veel energie en tijd opsloort, zodat de gebruiker waar dit maar mogelijk is de gemakkelijke weg kiest. Hoogstens is dit een argument om het de gebruiker bij de verwerving van rationele kennis zo gemakkelijk mogelijk te maken, door een op alle terreinen zo efficiënt mogelijk geconcepioneerde informatie.

Hierbij kan men verder aanstippen dat in deze kijk op het economisch gebeuren het sociaal en psychologisch aspect van de aankoophandeling te zeer wordt benadrukt. Hoewel de vraag niet alleen wordt bepaald door prijs en koopkracht, maar minstens evenzeer door de kooplust (14), en het regelmatig aankopen van goederen aanleiding geeft tot de vorming van koopgewoonten, toch moet men het niet zo stellen dat in en door de consumptie het de gebruiker mogelijk wordt zijn leven in verschillende richtingen inhoud te geven, zich als individu te manifesteren en zijn persoonlijkheid te verrijken, waarbij de reclame hem helpt door de aanprijzing van statussymbolen, zodat zij het de gebruiker makkelijker maakt de door hem gewenste sociale rol te spelen en zich af te stemmen op de normen der sociale groep waartoe hij meent te behoren (15). Dit is een overenten van de doelstellingen der reclame en der marketing naar de consument, een verheffing tot cultuur van het bezit van goederen en van de demonstratieve consumptie waarmee men niet hoeft in te stemmen (16). Uit deze

(13) VAN MEERHAEGHE, Economie. Een kritisch handboek, blz. 22.

(14) KATONA, De invloed, blz. 10.

(15) LOEWENHEIM, a.c., GRUR, 1975, 99 (106) met verwijzingen.

(16) GALBRAITH, The new industrial state, blz. 40. Men vergelijk: T.VEBLER, De theorie van de nietsdoende klasse, Amsterdam, 1974.

cultus van het verbruik wetmatigheden gaan afleiden en definities op het vlak der theoretische economie, lijkt dan ook een hachelijke zaak (17).

Het nieuwe uitgangspunt voor de economie dat in deze wijze van beschouwing wordt gecreëerd lijkt aanrechtbaar. De nastreving der rationaliteit gebeurt er ongeveer moeiteloos, gezien men ex post haast alle mogelijke beweegredenen voor een bepaalde keuze kan gaan rationaliseren. In deze beschouwingswijze gaat het niet om een overleg dat dient te gebeuren om op grond van verworven kennis, de voorhanden zijnde middelen en mogelijkheden te komen tot een zo efficiënt mogelijke behoeftenbevrediging, doch wel om de achter de consumptie zittende door reclame en overreding aangeleerde psychische motivaties. En alhoewel men kan beweren dat de hier door ons gekritiseerde beschouwingswijze veel meer met de werkelijkheid strookt dan de vooropstelling van rationaliteit, toch mag men niet uit het oog verliezen dat elke theorie, die geen beschrijving en verklaring van het feitelijke menselijke gedrag wil geven, maar actief op dit gedrag wil ingrijpen en dit wil veranderen, niet met de theorie overeenstemmende, feitelijke gegevens niet zonder meer tegen zich moet laten gelden. Nochtans zijn er grenzen aan het verwijderd-zijn van de werkelijkheid, zelfs voor een louter normatieve theorie: evenzeer als een theorie overbodig is zo haar aangeprezen gedragsstandaard reeds met de feitelijke gedragingen der mensen overeenstemt, is zij nutteloos zo het door haar aanbevolen gedrag totaal werkelijkheidsvreemd is. Hoewel wij hiervoor omtrent de mogelijkheden tot verhoging van rationaliteit bij de aankoop reeds twijfels hebben geuit, en sommigen de wapens in het gras hebben gelegd en het modale handelen tot norm hebben verhe-

(17) Uitzondering gemaakt voor de (wetenschap der) marketing.

ven, toch menen wij desondanks dat de poging tot en het geloof in de mogelijkheden tot verhoging der rationaliteit de moeite loont. Hoe men ook over de tot heden aangewende middelen en hun efficiëntie denkt, men kan niet loochenen dat het menselijk handelen een zekere constantie en conformiteit vertoont; indien het mogelijk is daarop door reclame en andere beïnvloedingsmiddelen, uitgaande van de aanbodszijde op de markt, in te werken, waarom dan niet door voorlichting, waarin de overreding niet of niet rechtstreeks door baatzucht wordt geïnspireerd, doch door de eerlijke bekommernis om te keuze van de consument.

6. Een volgende vraag is die naar de toestand van de markt aan de aanbodszijde, waarop de verbruiker als vrager optreedt. Omwille van de hier vooropgestelde definitie van verbruiker, moeten dus onmiddellijk uitgesloten worden die marktvormen die een zeer klein of relatief klein aantal vragers met werkelijke marktmacht als wezenskenmerk hebben (monopsonie, oligopsonie). Begonnen wordt dus met een beschrijving der zuivere mededinging, waaraan nog overdreven veel aandacht (18) wordt geschonken, omdat zij als een ideaal wordt beschouwd en omwille van de "artistiek harmonische werking" (18) die ervan uitgaat. Zij kan worden gedefinieerd als het rivaliserende optreden op een markt voor een bepaald goed van zeer vele aanbieders en vragers. De toegang tot de markt is voor vragers als aanbieders volledig vrij en deze markt is totaal overzichtelijk, totaal transparant. Iedereen weet precies wat de ander te bieden heeft, wat wordt vergemakkelijkt doordat slechts identieke produkten in identieke voorwaarden worden aangeboden. Niemand heeft trouwens enige voorkeur voor een bepaalde aanbieder en zijn produkten of voor een bepaalde vrager en de door hem geleverde

(18) HEERTJE, Macht op de markt, S.E.W., 1968, 461 (462 en 467).

tegenprestatie. Individualisatie van het aanbod door merken of etikettering is nutteloos, daar bij voorbaat zonder efficiëntie, terwijl zij kostenverhogend werkt. Slechts een reclamevoering in embryonale staat, namelijk een kostenloze bekendmaking van het feit dat men aanbieder is (19), is mogelijk.

Op die markt uiten alle bewegingen zich in een prijs, die tot stand komt onder medewerking van allen: individuen hebben geen invloed op een tot stand gekomen evenwichtsprijs en bij de tot stand koming ervan laten potentiële kopers en verkopers zich slechts leiden door hun objectieve nutsschatting van geld en goed waarbij de individuele aanbieder slechts aanbiedt die hoeveelheid die hem een maximale winst of geen verlies oplevert, de individuele vrager zoveel vraagt als een maximale en optimale behoeftenbevrediging vereist. Ook op de totstandkoming van de evenwichtsprijs hebben individuen geen invloed: per definitie is het aantal geïnteresseerden daarvoor te groot.

7. Deze bondige beschrijving laat reeds toe die punten aan te stippen die maken dat zuivere of perfecte mededinging vrijwel niet voorkomt. Op zeer weinig markten worden identieke produkten aangeboden, terwijl aanbieders alles doen wat mogelijk is om hun aanbod, ook al ware dit identiek, door reclame, merken, verpakking, etc. te differentiëren. Het prijsmechanisme werkt mogelijk wel, maar op de voor de consument vertrouwde markten bijna altijd naar boven toe. Prijsverlagingen zijn zeldzaam of nemen de vorm aan van stabiele prijzen bij stijgende kwaliteit. Bovendien komt een veelheid van aanbieders in een mate die elke beheersing over de prijs uitsluit, haast nooit voor en is de toegang tot de markt

(19) Wat meestal gerealiseerd zal zijn door het feit dat men herkenbaar als aanbieder op de desbetreffende markt optreedt. Vgl. SAMUELSON, *L'économique*, II, blz. 547.

feitelijk en institutioneel beperkt. Perfecte concurrentie veronderstelt evenzeer een haast griezellig volledige kennis en rationaliteit van aanbieders en vragers, waarachter men niet vermag mensen van vlees en bloed te herkennen (20).

8. Bij monopolie wordt verondersteld een groot aantal vragers zonder enige macht op de markt, doch die allen rationeel handelen, en die voor hun vraag naar een bepaald goed aangewezen zijn op het aanbod van één enkele aanbieder. Deze aanbieder heeft een volledige kennis van de componenten en determinanten van de vraag en van zijn aanbod en laat zich bij het aanbieden slechts leiden door zijn winststreven. Zijn macht op de markt en dus ook zijn beheersing over de prijsvorming is des te groter naarmate substitutiemogelijkheden voor het door hem aangeboden goed kleiner

(20) "Das Verhalten, das im Modell des vollkommenen Marktes vorausgesetzt wird, hat JOEHR (Walter A. Jöhr, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Bd. I, St. Gallen 1943, blz. 77) beschrieben: "Welche auch die Zwecke sind, die der Mensch sich gesetzt hat, oder anders ausgedrückt: Die Bedürfnisse, die zu befriedigen er sich anschickt, als homo oeconomicus wird er sich ... rein rational verhalten. Diese Annahme reiner Zweckrationalität greift aber weiter, als man auf den ersten Blick vermuten würde: die kühle Berechnung ist nicht gelähmt durch Tradition, Gewohnheit, Schlendrian; der homo oeconomicus sucht seinen Vorteil unbekümmert um jene gefühlsmässigen Bindungen an Scholle, Beruf, Betrieb, unbeirrt durch Bande der Freundschaft, durch Vorstellungen dessen was 'recht und billig' wäre, durch mitleid oder Grosszügigkeit; weder Habsucht, Machtstreben, Ehrgeiz, Wagemut verleiten ihn zu Schritten, die vor dem Gerichte der Vernunft nicht bestehen könnten; noch ist er je der Gefängene optimistischer oder pessimistischer Stimmungen: Kurzum, der homo oeconomicus ist eine Spezies Mensch, wie man sich langweiliger nicht vorstellen könnte. Immerhin besitzt er den sterblichen Mensch gegenüber den Vorzug, dass er dem Irrtum nicht unterworfen ist: er verrechnet sich nicht, er wird nicht übers Ohr gehauen, er vermag die Qualität jedes Produkt richtig einzuschätzen, die Situation des Marktes ist ihm völlig bekannt, für ihn besteht, wie es E. VON BECKERATH ausgedrückt hat, 'Markttransparenz'." Geciteerd bij SCHERHORN, o.c., blz. 10.

zijn. Bovendien mag men aannemen dat in de regel (21) voor een goed door een monopolist aangeboden, de prijs hoger en de op de markt aangeboden kwantiteit lager ligt dan zo dit goed op een markt waarop perfecte mededinging heerst, zou worden aangeboden. Naargelang de kostenstructuur in hoofde van de monopolist kan men hierbij verschillende vormen van monopolie onderscheiden.

9. Het theoretische concept monopolie lijdt evenwel aan ongewoonwaardigheid in die zin dat het de monopolist een vrijheid en een macht toekent, voortvloeiend uit zijn unieke positie, in de zin van ongebondenheid en willekeur. In de werkelijkheid is monopolie met grote macht, omwille van het feit dat het aanbod geldt een levensnoodzakelijk goed, zeer zeldzaam. Ook dient een monopolist voorzichtig te zijn in het gebruiken van zijn vrijheid: de staat, de aanbieders op markten van substitutiegoederen en potentiële concurrenten op de door hem bestreken markt, vormen evenvele remmen op een ongehinderde ontplooiing van zijn economische activiteit. Tenslotte zou hier wat betreft de veronderstelde kennis kunnen worden herhaald, wat hiervoor daaromtrent werd gesteld.

10. Dit alles leidt er ons toe de imperfecte of onvolkomen concurrentie te beschrijven. Hier zijn elementen van zuivere mede-

(21) Slechts zo de vraag naar zijn produkten een grote prijselasticiteit heeft en monopolievorming zou toelaten in een zeer sterke mate de produktie te rationaliseren en de kosten te drukken, is het denkbaar dat de prijs bij monopolie lager, de aangeboden kwantiteit hoger zou liggen dan indien op een markt met perfecte concurrentie zou worden aangeboden. Vermits hier een grote prijselasticiteit van de vraag wordt verondersteld, is de macht van de monopoliehouder over de prijsvorming gering, de substitutie van zijn produkt gemakkelijk. Dienvolgens mag men stellen dat zijn monopoliepositie in deze hypothese wordt aangevreten door haar gevoeligheid voor de concurrentie uitgaande van de markten der substitutiegoederen.

dinging en monopolie met elkaar vermengd, zodat er ofwel een groot aantal aanbieders is met allen min of meer gevarieerde, substitueerbare produkten (monopolistische concurrentie) ofwel is er een goed overzienbaar aantal aanbieders met een aanbod van onderling min of meer verschillende substitueerbare goederen (oligopolie, heterogeen oligopolie). In beide gevallen berust de heterogeniteit van de goederen en ook van de markt op kwaliteitverschillen, identificatieverschillen, verschillen in de met het aanbod mede aangeboden diensten of de voorwaarden voor de aankoop, de reclame. Als gevolg van deze produktdifferentiatie is ieder aanbieder als een monopolist te beschouwen voor het door hem op de markt gebrachte, doch hij ondergaat de concurrentie - meestal geen prijsconcurrentie, doch een wedijveren met alle andere factoren die het aanbod karakteriseren (non-price-competition) - van de door de andere aanbieders op de markt aangeboden substitueerbare goederen. Hoewel theoretisch elk aanbieder vrij zijn prijs bepalen kan in functie van een zo groot mogelijke winst, toch is hij omwille van de substitueerbaarheid van zijn aanbod door de produktie van zijn mededingers, afhankelijk van de prijs door deze mededingers gevraagd. Wijzigt één onder hen zijn prijs dan kunnen al de anderen verplicht zijn te reageren (geknikte vraagcurve (22), vooral indien op de markt een prijsleider aanbiedt die het grootste aandeel in de gezamenlijke omzet voor zijn rekening neemt. Omdat een prijzenoorlog de positie van de verschillende concurrenten rechtstreeks aantast, wordt

(22) Allen hebben een negatief geïnclineerde vraagcurve, die echter, zo een lagere prijs dan de evenwichtsprijs zou worden gevraagd, een veel sterkere helling zal gaan vertonen dan tot dan toe. Immers, omwille van de niet uitblijvende reactie der concurrenten, heeft de dalende prijs niet de normaal verwachte aanwas in gevraagde quantiteit ten gevolge, wat zich grafisch weerspiegelt in de "knik".

geconcurrereerd met andere, voor het aanbod bepalende componenten dan de prijs, met minder agressief karakter (23). Omwille van de noodzaak van sterk aansprekende reclame, de onderlinge strijd met deze andere determinanten van het aanbod buiten de prijs, de complexiteit der produktie en der behoeften, terwijl deze markt-vorm toch de meest voorkomende is, mag men stellen dat over het algemeen de markt kennis en het overzicht over de markt wordt vertroebeld. Men leert niet meer "van huis uit" hoe en waar verschillende noodzakelijke goederen moeten worden gekocht en beoordeeld, zoals in vroeger eeuwen (24). Meteen rijst de vraag naar de voorlichting van de consument. Deze moet hem toelaten zijn verloren plaats van scheidsrechter op de markt enigermate terug in te nemen (25). Daartoe dient de verbruiker voorlichting te verkrijgen die hem niet alleen minder hulpeloos zal maken tegenover het aanbod, maar hem ook beter zal toelaten zijn eigen behoeften te

(23) HEERTJE, a.c., S.E.W., 1968, 461 (465); STONIER A.W. en HAGUE D.C., Leerboek van de economische theorie, blz. 204. Vandaar dat men gaat benadrukken dat efficiënte reclamevoering, merkimage-opbouw etc. tot de economisch relevante prestaties behoren.

(24) VAN DER STRAATEN C., De veranderde plaats van de consument in de samenleving, E.S.B., 1966, 1304. Vergelijk de uitvoerige raadgevingen verstrekt in middeleeuwse huishoudelijke tractaten als van G.TIREL, dit TAILLEVENT, Le Viandier, uitg. PICHON en VICAIRE, Paris, 1892; Le Ménagier de Paris. Traité de Morale et d'économie domestique, composé vers 1393 par un Bourgeois Parisien, Paris, 1846, 2 delen.

(25) De hulpeloosheid van de consument door gebrek aan kennis wordt hier niet verder beschreven. Men kan daarover talloze werken raadplegen, waarvan ik als meest bekende citeer: Vance PACKARD, The hidden persuaders; Stuart CHASE en Howard F. SCHLINK, Your Money's Worth.

Systematisch geordend komen de redenen van deze hulpeloosheid neer op het feit dat ondernemers de verschillen tussen de rivaliserende produkten benadrukken in plaats van hun identiteit; dat de ondernemers een machtspositie bekleden die zij hanteren voor de door hen relevant geachte doeleinden; de prijsvorming en beheersing ervan die volledig in handen van de aanbieders liggen. HEERTJE, a.c., S.E.W., 1968, 461 (468-469).

onderkennen en te bevredigen en zich te wapenen tegen agressieve en misleidende verkoopsmethoden, kwalitatief slechte produkten of diensten, niet nakoming van verplichtingen uit de verkoopsovereenkomst. Omdat het steeds beter is te voorkomen dan te genezen dient zo veel mogelijk gestreefd te worden naar het verstrekken van kennis die teleurstellende aankopen voorkomt. Hiertoe dient de verbruiker, gewapend met een voldoende kennis de aanbieders te kunnen tegemoet treden. Hier komen wij tot de beschrijving van een laatste belangrijke factor, de marktdoorzichtigheid (markttransparantie, Markttransparenz).

11. Onder marktdoorzichtigheid verstaat men het overzicht in hoofde der marktdeelnemers over het economisch gebeuren op een markt, de overzichtelijkheid van alle relevante gegevens voor één of beide partijen die op de markt handelend optreden. Allen zijn min of meer zich bewust van de motieven die hun optreden bepalen en zijn min of meer op de hoogte van de relevante marktgegevens, terwijl de marktstructuur zodanig is dat zij dit overzicht in min- of meerdere mate toelaat (26).

Marktdoorzichtigheid is in die zin nauw met de concrete toestand van de markt verbonden, dat de kennis binnen een zekere tijdspanne dient verworven te zijn of te kunnen worden, zodat zij tot concreet economisch handelen kan leiden vooraleer de situatie op de markt zich heeft gewijzigd (27).

De ideale marktdoorzichtigheid is diegene die door het model der

(26) SCHMIDT Ingo, Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW, 1963, 97; LINDEMANN, Markttransparenz und Preispolitik, blz. 13 met verwijzingen; SCHERHORN, op.c., blz. 14-17). Zeer veel werken over marktdoorzichtigheid of die er een beroep op doen worden evenwel vertroebeld door het feit dat de auteur geen onderscheid maakt tussen overzichtelijkheid van de markt, wat een eigenschap van de markt is, en marktoverzicht, het resultaat hiervan. Overzichtelijkheid van de markt is premisse voor het verkrijgen van overzicht, zodat beide steeds min of meer zullen gerealiseerd zijn. Vgl. SCHERHORN, o.c., blz. 17.

(27) SCHERHORN, o.c., blz. 18 e.v.; LINDEMANN, o.c., blz. 13; STONIER-

perfecte concurrentie wordt vereist (28) en die een totale, uitputtende kennis veronderstelt van alle relevante gegevens omtrent een markt. Hoger hebben wij, bij de beschrijving der perfecte concurrentie, deze veronderstelling als utopisch afgewezen.

Het kan immers niet geloofwaardig worden dat in het proces van verdrinking van wensen en dromen tot geformuleerde vraag naar concrete goederen, meestal een groot aantal impulsen en motieven samenwerken. De onderscheiden rangorden van behoeften van verschillende individuen staan in onderling afhankelijke verhoudingen, zoals nabootsing, aanpassing aan anderen en gewild zich onderscheiden van anderen. Het overzicht over de mogelijke, te maken keuzes tussen verschillende behoeften, is beïnvloed door de beleefde of als ontbrekend aangevoelde ervaringen, herinneringen aan vroegere aankopen, persoonlijke of etische beweegredenen. Samen met en deels ook tegen elkaar in leiden deze verschillende strevingen naar een uiteindelijk gedrag, dat dan ook aan zekere schommelingen onderhevig is en dus beïnvloedbaar is (29).

Maar niet alleen psychologische remmingen hinderen een volledig overzicht over de markt en de bereidheid de verkregen informatie op te volgen. Ook structurele en wettelijke remmingen mogen daarbij niet over het hoofd worden gezien. Structurele remmingen vloeien voort uit de ruimtelijk en tijdsgebonden structuur van het aanbod, uit de veelvuldigheid van typen en soorten van produkten die eenzelfde of als identiek aangevoelde behoefte kunnen voldoen, uit het feit dat nieuwe, nog vrijwel onbekende materialen en technieken worden gebruikt, de onzekerheid der aangelegde maatstaven

.../...HAGUE, o.c., blz.10-12; VAN MEERHAEGHE, o.c., blz.219.

(28) Soms het postulaat van JEVONS genoemd naar de eerste formulering daarvan. Zie: W.S. JEVONS, *The Theory of Political Economy*, Londen, 1911, blz. 87.

(29) LINDENBAUM, o.c., blz.19. Vgl. KATONA, o.c., blz. 186-199.

voor prijs- en kwaliteitsbepaling. Remmingen uit wetten voortvloeiend zijn gelegen in het hierna uitvoerig besproken verbod van vergelijkende reclame, het verbod sommige informatie te verstrekken (bv. aanprijzing van abortieve middelen) of ze via sommige media te verstrekken, de regeling der winkelsluiting en der wettelijke rustdagen voor de handel, de onvoldoende of te gespecialiseerde regelen inzake etikettering en vermeldingen op de verpakking van goederen (30).

Hoe aan de remmingen van psychologische aard kan worden verholpen interesseert ons hier slechts indirect en in verhouding tot de mate waarin wettelijke of structurele remmingen erdoor kunnen worden versterkt of omgekeerd, hoe de remediëring aan één van beide op de andere een gunstige weerslag heeft. Doorgedreven onderzoek in de Verenigde Staten leidde echter tot de volgende waarschuwing: "In de veronderstelling dat het doenlijk is, consumenten volledig voor te lichten aan de hand van economische criteria, dan nog is het niet zeker dat de enkeling tot een oordeelkundige keuze bekwaam blijkt. In een recent verslag van de National Commission on Food Marketing staat gedrukt: "Gesteld dat kan worden beschikt over een volledige prijsinformatie, over de hulp van computers en over alle vereiste administratieve bijstand, dan nog is het kennelijk onmogelijk uit te maken welke kleinhandelaar in een bepaalde gemeenschap tegen de laagste prijs verkoopt." (31) Daarbij komt, dat wij al eerder aangestipt hebben, dat enkelingen bij hun keuze niet uitsluitend uit prijsoverwegingen handelen." (32)

M.a.w. men hoeft geen te hoge verwachtingen te koesteren omtrent

(30) Vgl. MEINERS, Ordnungspolitische Probleme des Warentests, blz. 28-31.

(31) Organisation and competition in food retailing, Technical Study, n°7; A report prepared by the National Commission on Food Marketing, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1966, blz. 169.

(32) COHEN Dorothy, Reclame en bescherming van de consument, Synopsis, 1969, nov.-dec., 73 (79-80).

een verhoging der rationaliteit van de aankoopbeslissingen bij de consumenten via het verlenen van informatie of het wegwerken van remmingen die de opinievorming belemmeren.

In de meest voorzichtige beschrijving der marktdoorzichtigheid kan men dan ook vooropstellen dat volkomen marktdoorzichtigheid evenzeer als het totaal ontbreken van marktdoorzichtigheid, een mogelijk in concreto gerealiseerde vorm van overzicht en overzienbaarheid kan zijn. Tussen deze beide extremen zal evenwel in het overgrote aantal der concrete markten de aldaar gerealiseerde of realiseerbare marktdoorzichtigheid zich bewegen (33). Deze tussenruimte is niet definieerbaar door predikaten, aangezien de mate waarin de marktdoorzichtigheid in concreto is gerealiseerd van nul tot oneindig kan variëren en zij bovendien terzelfdertijd verschillend kan zijn gerealiseerd in hoofde van vragers (verbruikers) en aanbieders (producenten of verdelers). In hoofde van de aanbieders kan deze onvoldoende informatie voortvloeien uit de vraag zowel als uit het aanbod der concurrenten of uit de structuur van het marktaanbod in het algemeen (34).

SCHERHORN die tot heden aan de marktdoorzichtigheid het meest volledige onderzoek wijdde, gaat nog verder en poogt te bewijzen dat niet de volkomen marktdoorzichtigheid, maar een onvolledige doch toereikende marktdoorzichtigheid moet worden aanvaard als ideaal waaraan men de feitelijk gerealiseerde marktdoorzichtigheid t.a.v. een bepaalde markt moet toetsen. Zijn argumenten daarvoor zijn: volmaaktheid is niet van deze wereld en het feit dat marktdoorzichtigheid geen doelstelling op zichzelf is, doch slechts een middellijk doel dat moet leiden tot een optimale aankoopbeslissing. Het maakt daarom een ernstig en niet te verwaarlozen verschil uit, of de optimale beslissing slechts op een onbereikbare volkomen

(33) SCHERHORN, o.c., blz. 15.

(34) SCHERHORN, o.c., blz. 16.

markt, slechts in een louter theoretische evenwichtstoestand kan worden getroffen, dan wel of zij - gezien de geringere mate aan overzicht en overzienbaarheid die alsdan is vereist - niet eerder op een terrein dat de werkelijkheid veel dichter benadert, kan worden gerealiseerd. Hoewel zij ook op dit terrein meestal onbereikt blijft, toch is zij er niet onbereikbaar.

Volledige marktdoorzichtigheid is voor een optimale aankoopbeslissing niet vereist. Volgens de waarschijnlijkheidsberekening wordt het risico een niet optimale aankoopbeslissing te treffen des te kleiner, naarmate het aantal varianten en types van een bepaald produkt dat zou moeten gekend zijn om een volledig overzicht te bekomen groter is. Bovendien is het meestal zo dat de optimale aankoop in meerdere, verschillende produkten gerealiseerd is, terwijl de koper zelf in en door de bewustwording en de formulering van zijn behoeften het aantal relevante factoren inperkt waarover hij informatie zou moeten krijgen (35).

De auteur besluit hieruit dat niet ieder onthullen van een onbekend marktgegeven de verbruiker voordeel bijbrengt: de na te streven marktdoorzichtigheid is diegene die bereikt wordt wanneer de koper geen verdere informatie meer behoeft om een optimale koopbeslissing te treffen en deze beslissing door aanvullende, bijkomende informatie zich niet zou wijzigen (36).

(35) Dit laatste is één van de zwakke punten uit de theorie, aangezien de te bereiken marktdoorzichtigheid daardoor een louter individualistische aangelegenheid wordt. Aangezien elk individu op een verschillende wijze zich van zijn behoeften bewust kan worden, dient de voorlichting die zich richt tot een groot aantal individuen zulkdanige mate aan volledigheid te bereiken dat het wellicht wederom ondoenlijk en louter theoretisch wordt deze na te streven.

(36) SCHERHORN, o.c., blz. 26-34 en 48-50.

Aantrekkelijk aan deze theorie is haar haalbaarheid (37) en het feit dat zij uitgaat van de premisse van een markt met onvolkomen mededinging. De daarmee steeds in elke toestand gepaard gaande marktdoorzichtigheid verheft zij evenwel niet tot ideaal: in de mate dat zij ontoereikend is zal zij dienen te worden verbeterd. Het mag daarom verwonderlijk heten dat bij de studie van het kartelrecht of van de ons hier interesserende problematiek het merendeel der auteurs zowel een begrip van perfecte concurrentie als van perfecte marktdoorzichtigheid hanteren, zonder enige motivering (38), hoewel de rechtsorde dit geenszins vereist. Nooit werd door het recht immers de perfecte concurrentie als ideaal aanvaard of opgelegd. Hoogstens werden voorwaarden gesteld of marktfactoren beschermd, op grond waarvan men zou kunnen afleiden dat de door het recht veronderstelde globale organisatie der economie eerder een bepaald ordeningstype benadert, zonder categorisch een bepaalde optie te nemen of uit te sluiten. Verder stelt het recht slechts perken waarbinnen verschillende marktschema's vrij kunnen bewegen; slechts door deze perken te doorbreken komt hun rechtmatigheid in het gedrang "non pas parce qu'ils deviennent d'autres formes ou schema's qualifiés a priori comme illicites, mais parce qu'ils se heurtent aux règles éternelles de l'honnête vivre, de l'alterum non laedere du suum cuique tribue -

(37) Afgezien van wat in vorige noot als kritiek werd geformuleerd, kan men nochtans de toereikende marktdoorzichtigheid realiseren zo men zich beperkt tot voorlichting over objectieve kwaliteitscomponenten en de subjectieve uitsluit. Bovendien kan men binnen de objectieve kwaliteitscomponenten nog een beperking doorvoeren naar hun relevantie voor de algemene beoordeling van de gebruikswaarde.

(38) Men zie bv. EICHMANN, Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, blz. 94 e.v.; VOELP, Ist das Verbot der vergleichenden Werbung rechtswidrig?, WRP, 1960, 197 (204-205); ANTONI, Die vergleichende Werbung, BB, 1962, 1171 (1172); BRINKMANN, Markt-

r e ."(39)

Zoals wij reeds aanstipten is deze houding begrijpelijk: de natuurlijke harmonie die uitstraalt van de marktvorm der perfecte concurrentie kan daartoe verleiden. Bovendien mag niet over het hoofd worden gezien dat de westerse continentale jurist, door opleiding en de geest der (oudere, als klassiek ervarene) wetgeving, als het ware geaxeerd geworden is op de vrijheidsidee, als één der leidende krachten van mens en maatschappij. Precies met de vrijheidsidee is de notie van perfecte mededinging ten nauwste verwant: vrijheid van initiatief, van activiteit en van toegang tot de markt, contractsvrijheid en private autonomie zijn immers essentieel voor deze marktvorm (40). En zelfs al aanvaardt men - schoorvoetend of overtuigd - dat ernstige beperkingen aan dit

transparenz und vergleichende Werbung, blz. 21 e.v.; RINCK, Die Markttransparenz, BB, 1962, 105; MENZE, Zur Diskussion der Markttransparenz, Anders: VAN GERVEN, Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht, S.E.W., 1971, 404 (414): die stelt dat de (Belgische) kartelwetgeving de bevordering der 'workable competition' beoogt.

(39) FRANCESCHELLI, Concurrence, monopole et formes de marché au point de vue juridique, Rev. trim. dr. comm., 1967, 667 (671).

(40) FRANCESCHELLI, a.c., Rev.trim.dr. comm., 1967, 667 (674-675). Vgl. VAN GERVEN, a.c., S.E.W., 1971, 404 (407) met verwijzing naar GOTZEN's analyse der privaatrechtelijke werking der wet d'Allarde, vrijheid van beroep, I, nr. 432 e.v.: "Centraal in deze wet stonden de ruilverhoudingen tussen twee individuen die vrij van elke druk vanwege buitenstaande partners de ruilvoorwaarden, waartegen zij wensten te contracteren, in onderling overleg vaststellen. Dat de klemtoon toen niet zozeer lag op de vrijheid (zoals wij die thans verstaan, L.B.) blijkt uit de omstandigheid dat niets in de wet d'Allarde één van de ruilpartijen belette zich volkomen onvrij te maken, als hij zulks maar deed uit eigen beweging (wat voor vrij handelen kan doorgaan in een liberale, mercantilistische visie, L.B.) en voorts dat geen bescherming was voorzien voor economisch zwakken: de vrijheid was, en bleef lang nadien nog, een zuiver formele vrijheid."

De vrije toegang tot de markt lijkt in zoverre een naar Belgisch recht gegarandeerd beginsel te zijn, dat het als algemeen voorbehoud geldt, door de rechtspraak aanvaard, bij de beoordeling der

.../...

puur theoretisch ideaal moeten worden gesteld, omdat de vrijheidsnotie daarin wellicht overspannen wordt en inmenging der overheid in de economie een noodzaak is geworden, dan toch blijft de verleiding zeer groot om het monopolie als vrijheidsbeperkend overdreven zwart, de concurrentie wegens de opties en de wederzijdse beïnvloeding die zij zou toelaten, overdreven gunstig af te schilderen.

12. Omwille van de hiervoor gemaakte beschrijving der begrippen vanuit de economie en het feit dat de rechtsorde geenszins dwingt tot het opteren voor een werkelijkheidsvreemd ideaal, wensen wij als uitgangspunt voor de hierna volgende studie te steunen op een begrip van voldoende rationaliteit (41) en markt-doorzichtigheid en van workable competition.

Hiermee is reeds één optie beschreven die ons zal leiden bij het hierna volgend onderzoek. Wij willen thans de andere door ons vooropgezette opties rechtvaardigen.

13. Vooreerst hebben wij geopteerd voor de studie van de voor-

.../... geldigheid van prijsvaststellingsovereenkomsten, marktverdelingsovereenkomst, produktiebeperkingsafspraken of exclusiviteitsregelen. Een ander voorbehoud is gelegen in het verbod een voor de verbruikers nadelige toestand van schaarste of van opdrijven der prijzen door kunstgrepen door te voeren: zie de analyse van DE KEYSER en SUTENS, in Business Regulation in the Common Market Nations, I, 1, blz. 4 e.v.; VAN GERVEN, a.c., S.E.W., 1971, 404 (415).

(41) Inzake de verwarringstichtende of misleidende reclame hanteert de rechtspraak in de drie beschouwde landen als criterium een verbruikerspubliek met normale, middelmatige aandacht en zonder speciale kennis, waarbij evenwel rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden: Gent, 28 juni 1974, J.C.B., 1974, 635 (638), met verwijzingen; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 530, blz. 372-373; ULMER-BAUEMER-VAN MAANEN, Unlauterer Wettbewerb, II, 2, Niederlande, nr. 410, blz. 253-254.

lichting die als vergelijkend kan worden betiteld: t.t.z. diegene die de economische prestaties van meerdere onderscheiden aanbieders vergelijkend bespreekt en waardeert. Niet alleen drong een beperking zich op omwille van de bedreiging dat de studie anders oeverloos zou worden. Bovendien meenden wij dat, gezien de vaststelling dat voorlichting en verbetering der rationaliteit bij de consument niet eenvoudig zijn, de verstrekte informatie moet toelaten tot een gemotiveerde aankoop te komen na bewuste uitschakeling der andere in aanmerking komende substitueerbare goederen, met zo weinig mogelijk inspanning vanwege de consument.

14. Eenmaal deze beslissing getroffen, leken drie instanties bijzonder in aanmerking te komen om voorlichting te verschaffen, omdat zij in onze visie de drie polen zijn waartussen het ganse marktgebeuren zich afspeelt: de wetgever, de concurrenten en de consumenten. Enige verkenning leidde er daarbij snel toe te besluiten dat in hoofde der consumenten het vergelijkend warenonderzoek, geboren uit de onderlinge zelfhulp, in hoofde der concurrenten de vergelijkende reclame diende te worden beschreven, terwijl ook de vraag rees naar de reclame met vergelijkend warenonderzoek. Toen wij begonnen te onderzoeken in hoeverre de bestaande wetgeving tegemoet kwam aan de nood der consumenten aan vergelijkende informatie, stuitten wij op zeer vele moeilijkheden. Ten eerste bleek uit een onderzoek der mogelijk in aanmerking komende wettelijke bepalingen dat deze fragmentair, erg vatbaar voor wijzigingen, onoverzichtelijk en zonder een vaste en constant weerkerende filosofie inzake de voorlichting van de consument waren geconcipieerd, zodat een groot gedeelte der beschrijving louter negatief zou moeten luiden. Ten tweede bleek dat nergens bepalingen konden worden gevonden omtrent de verstrekking van vergelijkende voorlichting aan de consument. Het mag immers erg twijfelachtig genoemd worden of onze moderne welvaartsstaat wel vermag zulksdanige informatie te bieden die zou behelzen een

vergelijkende waardering en bespreking der economische prestaties van op haar grondgebied actieve ondernemers of ondernemingen. Verder dan de bescherming van leven, gezondheid, het voorkomen van bedrog en de bescherming van de koopkracht lijkt men de rol van de staat ten overstaan van de verbruikers niet te willen doortrekken. Het verstrekken van vergelijkende informatie, die het zou moeten mogelijk maken een optimale keuze te maken tussen de verschillende ondernemers die op de nationale markt bedrijvig zijn en met elkaar concurreren, schijnt daaronder niet te vallen. De staat voorziet nochtans in meerdere wetten in middelen die de verbruikers kunnen voorlichting bieden. Indien zij nu door tijd-ruimtelijke nabijheid met elkaar over verschillende produkten, in feite de mogelijkheid zouden bieden tot vergelijken tussen deze produkten, dan zou feitelijk de wetgeving toch kunnen leiden tot het verstrekken van vergelijkende voorlichting. Daarom, en ook om onze eerst gemaakte vaststelling te bewijzen, laten wij hierna een selectieve beschrijving volgen van enkele uit wetgeving voortvloeiende middelen van voorlichting. Vroeger hebben wij dit reeds gepoogd w.b. het merkenrecht, welke beschrijving daarom hier niet wordt herhaald (42). Wel behandelen wij de etikettering de normalisatie, de handelsklassen, de kwaliteitsmerken en de informatieve etikettering. De wettelijk verplichte etiketteringsvoorschriften (43).

15. Meerdere wetten en besluiten voorzien in welbepaalde vermeldingen die op het etiket van de gereglementeerde produkten dienen voor te komen. Vaak gaat deze reglementering terug op Benelux-beschikkingen of aanbevelingen van het Comité van Ministers of op

(42) Is het merkenrecht een nuttig instrument van verbruikersvoorlichting, T.P.R., 1971, 351-379.

(43) Een opsomming vindt men in lijst III (betreffende art.12 WHP) na de wet op de handelspraktijken in VAN GERVEN, Wetboek Economisch en Financieel recht, III.

richtlijnen van de E.E.G.. De aard van deze vermeldingen kan zeer erg verschillen: aldus handelsklassen (44), waarschuwingen (45), wettelijk verplichte of toegelaten benamingen (46), gewichts-, inhoudsaanduiding of identificatie van de producent of de invoerder. Behoudens de vermelding van de handelsklassen laten al deze vermeldingen geen werkelijk vergelijken van substitueerbare produkten toe. Bovendien is de wetgeving terzake haast voortdurend in beweging, wat een beschrijving fel bemoeilijkt (47) en is het onmogelijk gebleken een vast criterium te vinden dat de wetgever leidde bij het opstellen van deze bepalingen. Het nut van deze bepalingen, vooral zo een minimumgrootte inzake het te gebruiken lettertype wordt opgelegd, mag echter niet worden onderschat: hoewel sommige vermeldingen als bv. 'fantaisie' zo de waar bepaalde vereisten niet vervult, totaal zinloos voor de consument mogen worden geacht (48), toch hebben sommige, zeer precies voorgeschreven vermeldingen of benamingen een duidelijk belang voor de voorlichting van de consument, terwijl van sommige streng gehanteerde en geformuleerde vermeldingen een preventieve werking tegen bedrog, misleiding en gezondheidsschade kan uitgaan. Aldus leidde de verplichting in de U.S.A. tot vermelding van het feit dat een produkt de minimum-eisen gesteld door de federale reglementering niet haalde (49), eerst tot een gevoelige prijsverlaging van zulke produkten, nadien tot het volledig verdwijnen van zulke produkten uit de nationale

(44) Waarover hierna, nr 17, blz. 30.

(45) bv. "kunstmatig gezoet" en "dit produkt is geen mayonnaise" in art. 1, K.B. 12 april 1955 betreffende de handel in mayonnaise en soortgelijke produkten, Staatsbl., 16 april 1955.

(46) Bv. K.B. 17 mei 1966 houdende reglementering van de benaming Diesters Bier, Staatsbl., 27 mei 1966.

(47) Vgl. VAN GERVEN, Wetboek Economisch en financieel recht, I, woord vooraf.

(48) Men zie het hierna, blz. 141, noot 303 aangehaalde voorbeeld.

(49) "Below U.S. Standard - Low quality but not illegal."

markt (50).

Toch mag men niet over het hoofd zien dat een waarschuwing een in de tijd beperkte inwerking heeft op ieder consument: men wordt eraan gewoon, men ziet het eenvoudig niet meer.

Meestal stemt de wetgever bij het bepalen van etiketteringsvoorschriften af op de geplogenheden in de handelsbranche of neemt deze aanbevelingen of richtlijnen van supra-nationale instanties in acht (51), die dan ook afgestemd zijn op wat gebruikelijk is in de tussenstaatse handel of op een nationaal systeem waarvan men de efficiëntie bewezen acht. Eens een systeem werd uitgewerkt en in de wetgeving neergelegd, wordt aan de ondernemingen gedurende een zeer lange periode de tijd gelaten zich ernaar te schikken (52), zodat de consument dan nog geruime tijd kan dienen te wachten op de in werking treding der wetgeving.

Zwakke uitwerking, moeilijkheden bij de kennisneming (verstaanbaarheid, grootte of kleur der gebruikte letters), enorme verscheidenheid der aangewende systemen, naast geringe resultaten bereikt door supra-nationale instellingen op het gebied van de etikettering zelf, zijn even zovele factoren die ertoe nopen het nut van etiketteringsvoorschriften voor de consument niet te overschatten.

(50) HAAKE Felix, Darstellung und wirtschaftspolitische Bedeutung der Verbraucherschutz-Bewegung in den Vereinigten Staaten von Amerikan blz. 34 e.v.

(51) Aldus de aanbeveling van 12 okt. 1964 van het Comité van Ministers inzake de harmonisatie van de wetgevingen betreffende de aanduiding van naam en adres op de etiketten van voedingswaren en dranken. Zie ook de Richtlijn van de Raad van de E.E.G. van 13 dec. 1973 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake bepaalde voor menselijke consumptie bestemde suikers.

(52) Zie aldus: art. 8, K.B. 29 maart 1974 betreffende het bier Staatsbl., 18 april 1974 dat brouwers gedurende twee jaar en twee maanden de tijd laat om de aanduiding "bier" en "tafelbier" op hun etiketten aan te brengen.

16. Ook de normalisatie van produkten (53) kon hier uitvoerig besproken worden. Het verslag aan de Regent vóór de Besluitwet betreffende de normalisatie stelt immers dat "het naleven van deze bepalingen stelt ... de verbruikers (in staat L.B.) hun prijsaanvragen duidelijker te formulieren (sic), gemakkelijker materieelofferten met elkaar te kunnen vergelijken, en ten slotte deze beter te benuttigen door ze te laten werken in het gebied waar het materieel normaal gevraagd wordt en door de gemakkelijke vervanging der wisselstukken te verzekeren: uit het geheel dezer voordelen moet noodzakelijk een ernstige besparing voortspruiten zowel bij de klasse der producenten als bij deze der verbruikers." (54)

Onmiddellijk blijkt dat de hier bedoelde verbruiker zeer zeker niet is de gewone doorsnee-consument, uitgangspunt van onze studie. De normalisatie richt zich inderdaad in de eerste plaats tot professionele verbruikers, doch het feit dat de bestaande normen worden nagevolgd, kan voor de ons interesserende consument nut opleveren, doordat bij zeer sterke navolging in een bepaalde bedrijfstak van consumptiegoederen de consument gemakkelijk wisselstukken of onderdelen zal vinden. In principe kan de normalisatie voor hem tot lagere prijzen, tot verhoogde veiligheid en/of tot meer gebruiksgenot voor dezelfde prijs aanleiding geven.

De door de nationale Normalisatie-instituten opgestelde normen

(53) Besluitwet, 20 sept. 1945, Staatsbl., 27 okt. 1945, art.1: "Onder normalisatie ..., dient verstaan het geheel van technische specificatie-, éénheids- en vereenvoudigingsvoorschriften, betreffende: a) den vorm, de samenstelling, de afmetingen, de natuurlijke en scheikundige eigenschappen en de kwaliteit der producten en waren; b) de terminologie en de grafische voorstelling; c) de berekenings-, proef- en meetmethodes, en de gebruikswijzen."

(54) Staatsbl., 27 okt. 1945, blz. 7214.

bieden echter weinig of geen voor de verbruikers nuttige informatie. Zij bieden geen vergelijkingsbasis voor de verschillende kwaliteiten van een produkt en hun relatie tot de prijs (55), immers dan moet men veronderstellen dat de consument volledig en nauwkeurig op de hoogte zou zijn van alle normen en ook bewaam zou zijn al deze normen te begrijpen. Nochtans vormen de technische kennis die is vereist daartoe, de verscheidenheid en het groot aantal bestaande normen, de formulering, het feit dat elke norm moet worden besteld en aangekocht, evenveel hinderpalen voor de consument. Indien men daarnaast zou denken dat de consument een ideaal middel put uit het merk van overeenkomstigheid met de normen, dan is dit zeer kortzichtig denken. Het geeft slechts aan dat de desbetreffende normen werden gevolgd, doch preciseert niet welke deze normen precies zijn, wat zij inhouden en wat de waarde ervan is in verhouding tot de stand der techniek. Ontbreken van het merk van overeenkomstigheid op een bepaald produkt duidt noch aan dat de normen niet werden gevolgd, noch dat zij werden onder- of overschreden. Indien merken van overeenkomstigheid afkomstig uit verschillende landen op naast elkaar aangeboden produkten worden aangetroffen, dan wordt de beoordeling trouwens nog gecompliceerder en zou men kunnen komen tot een aankoopbeslissing, alleen gebaseerd op de faam die de merken hebben in de ogen van het publiek. Het nut van de normalisatie is dus anders en grotendeels indirect, daar het andere middelen tot selectie vóór de aankoop meer efficiënt maakt (56), naast de pecuniaire voordelen die zij even-

(55) Aldus nochtans: GAILLIARD John, A study of the fundamentals of industrial standardization and its practical application, especially in the mechanic field, blz. 126-128.

(56) COLES J.V., Standardization of consumer's goods. An aid to consumer-buying, blz. 260. Zie ook hierna, nr. 18 e.v.

tueel kan bieden.

17. Een speciale, in België of Nederland niet onder de normalisatie gerekende vorm van rationalisatie bestaat op het gebied van de landbouwprodukten in de opstelling van handelsklassen.

Handelsklassen hebben als principe dat voor een landbouwprodukt bij wettelijke maatregel wordt voorzien in een klein aantal duidelijk overzichtelijke kwaliteitscategorieën, waarvan de kwaliteitsvereisten duidelijk omschreven zijn. De kenmerking der afzonderlijke categorieën wijst op de kwaliteitsklasse, die op de verpakking of met de prijsaanduiding duidelijk moet worden aangebracht (57). Indien daarenboven de verkoper krachtens wettelijke reglementering verplicht is tot prijsaanduiding, eventueel tot gewichtsaanduiding, moet de consument bij de aankoop slechts op de prijs der waren letten, zodra hij uitgemaakt heeft welke kwaliteit hij kopen zal.

(57) MEHLEM, Die Stellung des Verbrauchers in der Marktwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zur Warenqualität, blz. 223-227. Voor voorbeelden, zie de bijlagen bij K.B. 20 aug. 1969 (land- en tuinbouwprodukten), Staatsbl., 2 okt. 1969; K.B. 9 okt. 1964 (schorseneren en haverwortels), Staatsbl., 28 okt. 1964; K.B. 18 mei 1965 (asperges) Staatsbl., 3 juli 1965; K.B. 24 aug. 1970 (aardappelen), Staatsbl., 8 okt. 1970; K.B. 31 juli 1969 (eieren) Staatsbl., 22 aug. 1969. Zij zijn alle opgenomen in VAN GERVEN, Wetboek economisch en financieel recht, III en in VANDEN ABEELE en DERVAUX, Landbouwcodex.

Zie voor Duitsland: Gesetz über gesetzliche Handelsklassen für Erzeugnisse der Landwirtschaft und Fischerei, dd. 17 dec. 1951, gew. bij Wet 8 juni 1955. In uitvoering hiervan werden klassen vastgesteld voor vers fruit en groenten (Verordnung 3 juli 1955, Bundesanzeiger, 1955, nr. 127); voor kippeneieren "Deutsches Standard-Ei" (Verordnung 1 sept. 1958, Bundesanzeiger, 1958, nr. 168), voor primeur- en bewaaraardappelen, bestemd voor de voeding (Verordnung 10 okt. 1960, Bundesanzeiger, 1960, nr. 207), voor slachtkippen, gevogelte en gedeelten daarvan (Verordnung 16 aug. 1965, Bundesgesetzblatt, 1965, I, 12046) voor overlans gekloven zwijnen (Verordnung 16 aug. 1965, Bundesgesetzblatt, 1966, I, 884).

.../...

Zouden handelsklassen dus een stevig middel van verbruikersvoorlichting kunnen vormen, dan moet erop worden gewezen dat de primaire bedoeling van de wetgever niet is de marktdoorzichtigheid van de verbruiker te bevorderen. Wel mag men stellen dat de overzienbaarheid van de markt erdoor kan verbeteren. Vaak is de enige bedoeling handelspromotie te voeren voor de nationale produkten tegenover de buitenlandse. Meerdere handelsklassen bestaan louter voor de handel met het buitenland, doch zijn niet verplicht of bestaan slechts in een afgezwakte vorm voor de binnenlandse handel. Bij de opstelling ervan en bij de keuze der benamingen eraan gegeven, wordt haast steeds uitgegaan van de in de handels-

.../...Zie voor Nederland: Eierenbesluit van 24 nov. 1953, Staatsbl., 1953, 532, getroffen in uitvoering der Warenwet.

Krachtens de Landbouwwitvoerwet van 4 febr. 1938, Staatsbl., 1938, 600, art. 2 kunnen handelsklassen worden ingevoerd voor 56 categorieën van produkten.

In uitvoering daarvan werden getroffen:

- Uitvoeringsbesluit 26 april 1963 voor tuinbouwprodukten (Staatsbl., 1963, 218). Art. 2 hiervan laat de opstelling van handelsklassen over aan de produktschappen die zich evenwel dienen te houden aan de kwaliteitscategorieën in E.E.G.-verband vastgesteld. Zie: Verordening E.E.G. nr. 1935/72 van de Raad der E.E.G. dd. 18 mei 1972 (Publ., 1972, L 118), gew. bij Verordening E.E.G. nr. 2454/72 van de Raad der E.E.G. dd. 21 nov. 1972 (Publ., 1972, L 266) en Verordening E.E.G. nr. 2745/72 van 19 dec. 1972 (Publ. 1972, L 291).

- Uitvoeringsbesluit Haring 5 mei 1964 (Staatsbl., 1964, 149) dat verwijst naar het produktschap dat zelf regelen van de Verordening E.E.G. nr. 2455/70 (Publ., 1970, L 264) in acht moet nemen. Krachtens de Landbouwkwaliteitswet van 8 april 1971 (Staatsbl., 1971, 371) art. 2, 1 zijn eveneens handelsklassen mogelijk.

In uitvoering daarvan werd getroffen:

- Uitvoeringsbesluit onbewerkt hout van 24 sept. 1973 (Staatsbl., 1973, 479) dat verwijst naar de Richtlijn van de Raad van de E.E.G. dd. 6 febr. 1968 (Publ. 1968, L 32).

branche gebruikelijke indeling en benaming. Weerom is vergelijken slechts mogelijk zo de ruimtelijke structuur van het aanbod op de markt dit toelaat en zo de consument de preciese betekenis van de verschillende klassen kent (58). Op dit gebied lijken evenwel alle mogelijkheden nog niet uitgeput en kunnen door- dacht handelende consumenten vrij ernstige prijsbesparingen realiseren op hun aankopen van landbouwprodukten: immers, in elk der landen die wij hier beschouwen, worden door de radio in de vroege voormiddag markt- en prijsverzichten uitgezonden, op basis der gebruikelijke handelsklassen, wat toch een zekere uitgangsbasis kan bieden voor vergelijking en goedkoop aankopen.

18. Kwaliteitsmerken (Gütezeichen) zijn woord- of beeldtekens of beide samen, die als garantie voor kwaliteit worden aangebracht op waren of diensten. Zij vervullen bepaalde, naar objectieve maatstaven gemeten en volgens de opvatting van het publiek voor de kwaliteit van een goed essentiële eigenschappen. Hun eigenaars (merkhouders) zijn verenigingen die de kwaliteit waarborgen en daartoe het kwaliteitsmerk, een collectief merk, ter beschikking stellen. Zij stellen meestal zelf de kwaliteitsnormen op die voor iedereen toegankelijk zijn en waken over de naleving ervan. Mogelijk berusten deze normen op wettelijke grondslag (59).

(58) Door het feit dat meestal een systeem wordt gebruikt, waarbij klasse I de beste kwaliteit aanduidt, kan de verbruiker die zich daarnaar richt, toch de zekerheid verkrijgen het beste te kopen wat volgens de actueel bestaande teeltmethodes kan op de markt worden gebracht.

(59) RAL-Grundsätzen, geciteerd bij BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 3 bij het overzicht voor § 17 WZG. Daarover: BALLON, a.c., T.P.R., 1971, 351 (368).

19. De informatieve etikettering beoogt het verschaffen van vergelijkbare gegevens, op basis van normen vastgesteld, aan de gebruiker omtrent een aantal relevante eigenschappen van produkten, daaronder begrepen het eventueel aangeven van toepassingsmogelijkheden- en onderhoudsvoorschriften, welke informatie wordt gegeven op het voorwerp zelf of op de clichés, folders of enig ander geschrift, op of aan het voorwerp gehecht of daarbij verstrekt (60).

20. In beide gevallen is er sprake van normen die de basis vormen voor de beoordeling alvorens het kwaliteitsmerk te verlenen of voor de meting die aanleiding zal geven tot de vermelding op het informatief etiket. Bij voorkeur dienen deze normen uit te gaan van het nationale normalisatie-instituut (BIN, DNA, NNI (61)), zodat dit een bepalende rol speelt bij de werkingmogelijkheden van beide vormen van merking. Hierdoor zijn beide echter mede onderworpen aan de onvolkomenheden die de normalisatie tot heden vertoont w.b. de behartiging der belangen van de consument: normen bestaan voor het grootste deel voor produkten die als dusdanig slechts zelden worden gekocht of gehuurd door de gewone consument; zij bieden geen garantie van kwaliteit; zij zijn té technisch, zodat consumenten hen niet of moeilijk kunnen verstaan en beoordelen. Wel moet men toegeven dat naast het vergelijkend warenonderzoek, de informatieve etikettering, in de landen waar zij bestaat,

(60) Art. 2 der statuten der (Nederlandse) Stichting voor Informatieve Etikettering, geciteerd bij A. BECK, Informatieve Etikettering, E.S.B., 1966, 1317 (1318); vgl. art. 7, Convention de création de l'étiquetage d'information entre l'Institut National de la Consommation et le Conseil National du Patronat Français.

(61) BIN: Belgisch Instituut voor Normalisatie (art.1, K.B. 7 juli 1958, Staatsbl., 14 aug.); DNA: Deutsche Normen-Ausschuss; NNI: Nederlands Normalisatie-Instituut.

(62) sterk heeft bijgedragen tot het opstellen van speciale, sterk op de consumentenverwachtingen afgestemde normen (63). In beide gevallen maakt men gebruik van collectieve merken, waarvan dehouder de instantie is die het kwaliteitsmerk of het informatief etiket verleent (64).

Opvallende verschillen tussen beide zijn dat het informatief etiket niet beoogt een kwaliteitsgarantie te geven (65), zodat het oordeel over wat uiteindelijk het resultaat is der verschillende op het etiket omschreven eigenschappen voor de kwaliteit, bij het kopende publiek blijft berusten. Slechts w.b. de gezondheids- en de veiligheidsvoorschriften wordt hierop een uitzondering gemaakt. M.a.w. duidelijk onveilige of ongezonde produkten kunnen niet van een informatief etiket worden voorzien. Het kwaliteitsmerk daarentegen geeft wel een kwaliteitsgarantie, doch preciseert daarbij niet of slechts zeer vaag op welke basis dit gebeurde (66), ofwel worden slechts zeer beperkte eigenschappen gegarandeerd als de elektrische veiligheid, de zuiverheid en de kwaliteit van een bepaalde gebruikte grondstof of behandelings-procédé (67). Daarom is het van zeer geringe betekenis voor de vergroting der rationaliteit van de consumenten: het wekt immers zeer vaak louter een magister-dixit-redenering waarvan men de grondheid niet kan controleren.

(62) Zij bestaat in Nederland, de Scandinaafse landen, Frankrijk en Duitsland. Niet in België, Engeland en Italië.

(63) Vgl. FRONTARD, The consumer and standardization, International Standardization, June 1967, 14 (15-16); Le Droit à l'information, blz. 65.

(64) Zie voor de kwaliteitsmerken: BALLON, a.c., T.P.R., 1971, 351 (368 e.v.); voor de informatieve etikettering: POLAK J.M., Collectieve Merken, in: Op de grenzen van komend recht, 193 (196).

(65) BECK, a.c., E.S.B., 1966, 1317 (1318 links); art. 7 der Convention de création gecit. boven voetnoot 60.

(66) Zie bv. Quality Control dat niets preciseert, tenzij soms de Ardense herkomst van een produkt (Qualité Ardenne); BENOR, RAL-

.../...

Waar een informatief etiket nog enigszins toelaat op grond ervan een vergelijking tussen produkten die het etiket voeren, te maken, omdat voor alle over dezelfde eigenschappen informatie wordt verstrekt (68), daar is ook dit bij een kwaliteitsmerk onmogelijk.

21. Een laatste optie die wij dienen te rechtvaardigen, is die der staten, wiens recht wij bespreken. Aanvankelijk was het onze bedoeling de (bij het aanvangen van dit onderzoek nog) zes lidstaten der E.E.G. erin te betrekken. Zeer spoedig bleek dit onmogelijk: de Luxemburgse rechtsleer noch de rechtspraak boden geen enkele behandeling van een probleem in verband met het vergelijkend warenonderzoek, het probleem der vergelijkende reclame als middel van voorlichting ten behoeve van de consument werd er niet gesteld; hetzelfde kon gezegd worden van de Franse rechtspraktijk, hoewel daar enkele rechterlijke uitspraken werden gevonden (69), de rechtsleer was er evenmin als de rechtspraak enigermate begaan met het probleem van de vergelijkende reclame (70); voor Italië kon hetzelfde worden beweerd, waaraan kan worden toegevoegd dat er geen warenonderzoek gebeurde, de vergelij-

.../... Gütezeichen die slechts preciseren dat de bestaande normen werden gevolgd.

(67) Voorbeelden bij BALLON, a.c., T.P.R., 1971, 352 (376).

(68) Het informatief etiket verschaft nochtans geen vergelijkende informatie, het laat slechts toe zelf een vergelijking door te voeren. Daartoe is dan nog vereist dat de consument op vrij geringe afstand van elkaar (bv. in dezelfde of naburige verkoopsruimten) de verschillende of toch meerdere substitueerbare produkten vindt, die het informatief etiket voeren.

(69) Bv. Cour Paris, 17 dec. 1966, Ann., 1969, 78 en enkele uitspraken over geschillen waarbij hotelgidsen waren betrokken (Michelin, Kléber Gault-Millau.)

(70) Zie bv. ULMER-KRASSER, Unlauterer Wettbewerb, IV, Frankreich nr. 421 e.v.; PIROVANO Antoine, La concurrence déloyale en droit français, Revue internationale de droit comparé, 1974, 467 (483).

kende reclame er even onbetwist als verboden werd geacht (71). Bij de verruiming der E.E.G. hebben wij er nog aan gedacht het Verenigd Koninkrijk bij het onderzoek te betrekken: om twee redenen bleek dit onmogelijk. Allereerst omdat ook hier geen rechterlijke uitspraken voorhanden bleken (72), verder omdat wij op dat ogenblik reeds zeer ver gevorderd waren met de redactie van het hoofdstuk over de vergelijkende reclame, het bronnenonderzoek voor het overige gedeelte van deze studie ongeveer beëindigd was, zodat een behandelen van het Verenigd Koninkrijk een aanzienlijke vertraging zou hebben meegebracht.

22. Tenslotte een praktische opmerking. Omwille van de gemakkelijkheid hebben wij in een afzonderlijk deel een aantal nog niet gepubliceerde uitspraken omtrent het vergelijkend warenonderzoek en de vergelijkende reclame opgenomen, evenals de bibliografie, de lijst met afkortingen en met de aangehaalde wetsartikelen. Naar wij hopen zal dit de lektuur van dit werk ernstig vergemakkelijken.

(71) Men zie: BONASI-BENUCCI Eduardo, *Idiceità del Warentest*, Rev.dir. comm., 1963, 473 e.v.. Volgens MEYNAUD J., *Acheter mieux*, blz. 12 zou vergelijkend warenonderzoek in Italië strafbaar gesteld zijn. Nochtans zijn er enkele rechterlijke uitspraken gevelde nopens de aansprakelijkheid van journalisten en van uitgevers van auto-gidsen, betreffende vergelijkende besprekingen van economische prestaties, welke geen van alle tot strafvervolgning aanleiding hebben gegeven. Trib. Milano, 12 nov. 1964, Mon. Trib., 1966, 98; 18 juni 1964, Rass. Prop. Ind., 1964, 249. Overigens kan men aanstippen dat zowel in Frankrijk als Italië verbruikersverenigingen en hun tijdschriften slechts de laatste twee jaar enig succes beginnen te kennen.

(72) Men zie daarover: BORRIE G., *Advertising and Comparative Testing*, in: *Fair Trade and the Consumer in Western European Law*, Conference Papers, blz. 17 (35). Zie verder: deel I, nr. 34.

DEEL I. HET VERGELIJKEND WARENONDERZOEK

Hoofdstuk I. Historiek en handelswijze bij het vergelijkend warenonderzoek.

§ 1. Inleiding

in p a a h e n

23. In het algemeen betekent het woord warenonderzoek of warentest (1) het onderzoek of het testen van handelswaren. Daarbij neemt men één of meer welbepaalde produkten van dezelfde soort, of soms zelfs het volledige op de markt beschikbare assortiment, laat dit door bepaalde personen of door een bepaalde instantie planmatig onderzoeken met het doel informatie over deze waren te bekomen (2).

24. Het doel waarvoor de informatie werd verworven, laat toe verdere onderscheidingen te maken. Werd de warentest doorgevoerd door of ten behoeve van handelaars, dan kunnen dezen daarmee zeer uiteenlopende doeleinden nastreven, wat repercussies zal hebben voor de concrete uitbouw van de test. Zo kan een producent tests doorvoeren in de loop van het produktieproces of aan het einde ervan in het raam van een kwaliteitscontrole. Hij laat dan steekproeven nemen om na te gaan of de geproduceerde stukken overeenstemmen met de vooropgestelde criteria en de gewenste gelijkmatigheid vertonen. Hij kan daarbij het materiaal dat werd gebruikt of

(1) Beide termen worden verder door elkaar gebruikt. Zij zijn afgeleid van het anglo-amerikaanse begrip "product-testing": LOHMEIER F., Der Warentest, blz. 23.

(2) LOHMEIER F., o.c., blz. 23-24. Nochtans kan deze auteur in zoverre niet gevolgd worden dat hij reeds in zijn definitie blz. 24 de informatie ziet als middel om de subjektieve werkingen van de warentest te leren kennen. Als algemene definitie en als definitie voor de warentest ten behoeve van handelaars, is dit een te verre gaande beperking: de handelaar kan door onderzoek ook een zekere kwaliteitscontrole uitoefenen over het produktieproces. M.a.w. de warentest is niet alleen een middel van opiniepeiling zoals LOHMEIER schijnt aan te nemen. Vgl. HUBER U.E., Vergleichende Warentest und unlauterer Wettbewerb, blz. 25.

de technische eigenschappen van het produkt onderzoeken (3). Dit is de zogenaamde "produktionsorientierte Warenprüfung" (4).

Een gelijkaardig onderzoek gebeurt ook vaak door instanties die de kwaliteit van een produkt garanderen door collectieve merken of door informatieve etikettering (5).

Door een opiniepeiling over de eigen waar kan de producent de weerklink van zijn waar en merk nagaan en dan eventueel maatregelen treffen om het imago van zijn merk en zijn waar bij het publiek te versterken of zijn marktpositie te controleren en te verstevigen (6). De opiniepeiling heeft als voordeel dat de consumenten daarbij in zekere mate hun wensen aan de producent kunnen meedelen en dat zij aldus enigszins op de produktie kunnen invloed uitoefenen (7).

In al deze gevallen blijft men bij één producent en meestal ook bij één produkt, zonder daarbij concurrerende produkten van andere producenten te betrekken.

De ondernemer kan ook het volledige assortiment der op de markt beschikbare produkten van een bepaalde categorie laten onderzoeken. Daarmee kan hij verschillende bedoelingen hebben. Hij kan een bepaling van de kwalitatieve positie van het eigen produkt in het totaal van de op de markt verkrijgbare produktie beogen,

(3) BRENNECKE H., Der vergleichende Warentest, blz. 31.

(4) KLUY, Verbraucherorientierte Warenprüfung, in: SPECHT K.G. en BOCK J., Verbraucherpolitik, blz. 177.

(5) Daarover: BALLON, Is het merkenrecht een nuttig instrument van verbruikersvoorlichting ?, TPR, 1971, 351 (369 e.v.).

(6) Zie over het geheel van deze mogelijkheden: LOHMEIER F., o.c., blz. 28 tot 36; FAFFA J.C., Comment et pourquoi tester vos produits, International Marketing, (1969), nr. 171, 67 e.v.

(7) LOHMEIER F., o.c., blz. 36.

teneinde de eigen produkten te verbeteren of op enige andere wijze een aanpassing door te voeren, of gewoon een beter overzicht beogen te verkrijgen over de markt in de sektor. Indien hij potentiële mededinger is schakelt dit onderzoek zich in in het geheel der voorbereidingswerkzaamheden tot een eigen produktie, waarvan het een der belangrijkste feiten is. De ondernemer kan zulk onderzoek ook aanwenden voor reclamedoeleinden (8) of om zijn handelsvertegenwoordigers te scholen of verderverkoopers ter hand te stellen, zodat ze hun cliënteel kunnen voorlichten wanneer dit nodig zou blijken (9).

25. Lijnrecht hiertegenover staat het naar de verbruiker gerichte vergelijkende warenonderzoek. Hier staat de aangepastheid van het produkt aan de behoeften van de verbruiker centraal. Het onderzoek wordt beperkt tot substitueerbare (10) gebruiks- of verbruiks-goederen of van groepen van zulke goederen. Deze goederen worden in een onderzoek onder gelijke voorwaarden onderzocht en onder medeberekening van de prijs met elkaar vergeleken (11). Daarbij beoogt

(8) Hier loopt hij echter gevaar wegens vergelijkende reclame te worden veroordeeld. Zie: Brussel, 23 nov. 1953, Ing. Cons., 1953, 205, Reader's Digest; LG Stuttgart, 26 febr. 1953, GRUR, 1955, 54. Anders: OLG Hamm, 26 mei 1970, BB, 1970, 1274: Alle over het aanlokken van adverteerders door publikatie in weekbladen van een onderzoek naar de omzet der verschillende in dezelfde branche concurrerende tijdschriften. Vgl.: Trib. Gr. Inst. Paris, 31 mei 1968, D., 1969, 34.

(9) Daar de voorlichting der cliënteel door de handel als één van diens meest wezenlijke functies wordt aangezien, aanvaardt men voor vergelijking op verzoek der klanten een uitzondering op het verbod der vergelijkende reclame. GOTZEN, Vrijheid van beroep en bedrijf, nr. 1000 e.v.; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 50 bij § 1 UWG; EICHMANN, Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, blz. 194; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, nr. 341 e.v.

(10) Daarop wordt sterk de nadruk gelegd door DITGEN, Der vergleichende Warentest, blz. 62.

(11) Daaronder zijn natuurlijk ook diensten gerekend. HUBER E.H., o.c., blz. 26 maakt echter een onderscheid: "Berücksichtigt die
.../...

men vooral die eigenschappen na te gaan die voor de verbruiker als mogelijke koper der goederen van bijzonder belang zijn, namelijk de kwaliteit, prijs en de onderlinge verhouding tussen deze beide factoren (12). Alle goederen moeten voor hetzelfde doel dienstbaar zijn (13) en ook onder andere oogpunten als bijvoorbeeld prijsklasse en technische uitwerking vergelijkbaar zijn.

26. Nochtans kunnen die auteurs die stellen dat per definitie een vergelijkend warenonderzoek niet volledig hoeft te zijn, doch slechts een representatieve doorsnee van het beschikbare aanbod moet geven, niet worden gevolgd (14). Principieel moet naar volledigheid worden gestreefd, omdat anders het onderzoek een gedeelte van zijn nut verliest (15) en een theoretische grondslag voor deze beperking niet aanwezig is. Doel is immers de consument toe te laten de noodwendige warenkeuze en mogelijk zelfs de keuze van de verkoper tot wie hij zich zal richten, gemakkelijker te treffen. Deze keuze die een voorafgaande beoordeling en standpuntvorming behelst, moet op een zo rationeel mogelijke wijze kunnen

.../... Bewertung sowohl Qualität und Preis, handelt es sich um eigen vergleichenden Warentest im engeren oder eigentlichen Sinne. Vor einem vergleichenden Warentest im weiteren Sinne kann man dort sprechen, wo die Bewertung ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Qualität vorgenommen und der Preis bestenfalls noch angegeben wird."

(12) VON RICHTHOFEN, Zulässigkeit und Schranken vergleichender Warentest zur Verbraucheraufklärung, blz. 4.

(13) HEFERMEHL, Der Warentest in rechtlicher Sicht, GRUR, 1962, 611; GRASSMANN, Der Warenvergleich durch Verbraucherverbände, blz. 1.

(14) BOCK C., in: ULMER et alii, Vergleichende Warentests, blz. 25; GRASSMANN, o.c., blz. 1. Zo ook: Satzung der Stiftung Warentest, § 2.

(15) "Je comprends la raison de cette tolérance, mais elle introduit une brèche dans ce système qui ne peut plus dès lors se réclamer d'une totale efficacité." MEYNAUD, Les consommateurs et le pouvoir, blz. 338. Vgl. SCHULTZ, Vergleichender Warentest und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW, 1963, 1081.

geschieden, vanwaar de principiële eis tot volledigheid.

27. Hieruit volgt dat ook de publikatie van de resultaten noodzakelijk is. De verschillende merken of de namen der dienstenverstrekkers (16) worden samen met de prijs en met de bespreking der onderzochte eigenschappen weergegeven. Vaak worden deze ook in een tabel weergegeven en volgt er een korte kwalitatieve beoordeling van het produkt in zijn geheel. Daarnaast kan het onderzoek omschreven worden en de gestelde maatstaven medegedeeld.

Het is echter niet strikt noodzakelijk dat de produkten allen samen in één verslag worden besproken. De publikatie kan gesplitst worden in zoveel delen men wil en zelfs produkt per produkt worden bekendgemaakt. Wel is dit minder efficiënt, daar deze werkwijze het overzicht der verbruikers bemoeilijkt.

28. Dat door zulk onderzoek en de publikatie der resultaten de handel der beoordeelde sterk kan worden bemoeilijkt en beïnvloed hoeft geen betoog. De gunstig beoordeelde kan zeer veel klanten bijwinnen, voor de slechtbeoordeelde kan de verplichte stopzetting der produktie het harde gevolg zijn (17). Dit kan echter een bijkomende doelstelling zijn van het verbreidende organisme,

(16) Voor een test van diensten, zie: Test-Aankoop, 1970, nr. 92, blz. 26, schoorsteenvegen; Test-Aankoop, 1968, nr. 77, blz. 14, begrafenisondernemingen.

(17) Zie echter de cijfers gegeven door het artikel Warentest ohne Einfluss auf die Kaufentscheidung der Verbraucher. Ergebnisse einer Umfrage des DIHT beim Gross- und Einzelhandel, MA, 1967, 432 waaruit blijkt dat 55% der 4000 ondervraagde handelaars geen enkele invloed vaststelde, 3% een werkelijke uitwerking en 42% zelden enige uitwerking vaststelde. Anders echter in Groot-Brittannië waar een kinderdriewieler die als beste aankoop werd aangeduid, in de periode rond Kerstmis 1962 zo veel gevraagd werd dat de producent de vraag niet kon voldoen. Geciteerd bij HOETTLER R., Wirkungen neutraler Warentests auf Industrie und Handel, MA, 1963, .../...

een algemeen politiek doel (18).

Het is echter een eigenaardige constatactie dat, zo de beoordeling goed is de omzet merkbaar kan stijgen, terwijl bij slechte resultaten slechts een geringe invloed te bespeuren valt. BEEM en EWING (19) verklaren dit als volgt: slechts een klein gedeelte der mogelijke kopers leest consumententijdschriften en daarvan laat zich slechts een gedeelte beïnvloeden. Dit betekent dat steeds slechts een klein gedeelte der traditionele en potentiële kopers van een bepaald merkprodukt zich afwendt wanneer het slechte resultaten boekt in een vergelijkend onderzoek. Daarentegen zullen alle lezers van de test die bij het verschijnen ervan hun aankopen moeten doen, geneigd zijn met de goede beoordeling rekening te houden. Zo is de schade steeds tamelijk gering. Het effect is vergelijkbaar met de resultaten van de filmkritiek: wanneer deze een

.../...1046 (1050). Voor andere voorbeelden van zulke "boom" in de vraag naar gunstig beoordeelde produkten, zie: STRICKLING, o.c., blz. 15 e.v. BEEM en EWING, o.c., Harvard Business Review, 1954, 115; HUBER E.H., o.c., blz. 55. In België is mij slechts één voorbeeld van zulke toename bekend: na een sigarettentest door het tijdschrift "VIVEC", welke door de franstalige televisieomroep werd uitgezonden, diende het gunstigst beoordeelde merk de produktie met ongeveer 30% ineens te vermeerderen en ook in de jaren nadien steeg de omzet voortdurend. VIVEC, nr. 65. Het aantal personen dat testtijdschriften leest is ook nog laag: Zie het overzicht bij SCHIRMER, Warentests in Europa, MA, 1967, 292 (296) waaruit blijkt dat Noorwegen met 50 inwoners op 1000 vooraan staat en Frankrijk met 1,55 en Zwitserland met 0,68 inwoners op 1000 achteraan komen. In de U.S.A. zouden de Consumers Union 4 tot 5 % en de Consumers Research 1 tot 1,5 % der Amerikaanse families bereiken: HESBERG W., o.c., Untersuchungen des Instituts für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln, blz. 21. Voor België zijn cijfers weergegeven als antwoord op een parlementaire vraag nr. 15 van J. MOREAU DE MELEN, d.d. 19 jan. 1965, Vragen en Antwoorden, Senaat, 1964-65, nr. 17, 437-439.

(18) HEFERMEHL, o.c., GRUR, 1962, 611 (613); OLG Stuttgart, 26 juni 1963, BB, 1963, 831.

(19) BEEM E.R. en EWING S.J., Business appraises consumer testing agencies, Harvard Business Review, 1954, 113 e.v.

slechte kwotering geeft, heeft dit slechts geringe invloed op het cinemabezoek, terwijl de goede kwotering - naast andere factoren - tot talrijker bezoek aanzet (20).

Nochtans mag niet vergeten worden dat het vergelijkend warenonderzoek meestal geen additionele koopkracht schenkt (21) en dus ook meestal geen nieuwe kopers lokt voor de soort van artikelen die werd getest. Het gunstig beoordeelde produkt geniet vooral van de bewustmaking die kopers zonder voorkeur voor een bepaald merk of type ondergingen.

29. Omwille van al deze beschouwingen heeft men bepaalde vereisten gesteld aan de doorvoering van het onderzoek. Allereerst moet worden gesteld dat de verbruikersorganisatie neutraal moet zijn. Verdere vereisten zijn objectiviteit en zakelijkheid. Zij volgen economisch gezien, uit een zo getrouw mogelijke taakbetrachting van het testorganisme en juridisch uit de zorgvuldigheidsplicht die elkeen heeft die door het geschreven woord de openbare opinie beïnvloedt, en waarbij anderen in hun rechtmatige belangen kunnen worden gekrenkt (28).

30. Als definitie voor het vergelijkend warenonderzoek ten behoeve van de verbruikers kan dus worden vooropgesteld :

(20) HESBERG W., Zur Frage des Konsumgütertests als Mittel der Verbraucherberatung, Wirtschaftspolitische Chronik, (1957), Heft 3, 47.

(21) BOLLACK G., Zur Problematik der Warenauswahl beim Warentest, MA, 1963, 319 (320) en NJW, 1963, 986.

(22) Zie: Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1968, 558 bevestigd door Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (154); Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1968, 668 bevestigd door Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 155; LG Düsseldorf, 29 sept. 1964, WRP, 1965, 144; BGH, 11 jan. 1966, GRUR, 1966, 386 (389), noot DROSTE; HEFERMEHL, o.c., 1962, 611 (614); RINCK, Organisation und Auswertung von Warentests, BB, 1963, 1027 (1928); Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962, GRUR AIT, 1962, 511; Zie ook: Trib. Milano, 12 nov. 1964, Mon. Trib., 1966, 98. Contra: ARNDT A., Umwelt und Recht, NWJ, 1964, 1312.

Vergelijkende warentests zijn zakelijke en objektieve onderzoeken over en waarderingen van substitueerbare waren, warensoorten en diensten die in de handel zijn en van belang zijn voor de verbruiker als mogelijke koper. Dit onderzoek moet gebeuren door een neutraal organisme en de resultaten moeten gepubliceerd worden met het doel de verbruikers op zo volledig mogelijke wijze voor te lichten zodat de beoordeling en de keuze van de waren bij de aankoop wordt vergemakkelijkt (23).

Zelfs al raken beiden zich soms, toch zijn de gebruikte methodes meestal noodzakelijk verschillend. Niet alle producenten bemoeien zich trouwens om een kwaliteitsverbetering en soms zelfs daalt de kwaliteit van hun produkten (24). De consument heeft bovendien geen inzage in deze onderzoekingen en heeft geen waarborgen voor hun betrouwbaarheid (25). Vergelijkende gegevens kunnen hem meestal zelfs niet worden ter hand gesteld. Vergelijkende gegevens kunnen hem meestal zelfs niet worden ter hand gesteld. En zelfs al moge de bedenking waar zijn, dat mits een tijdige voorzorg vanwege de producenten en de handel (26) het fenomeen der

(23) Overdreven vereenvoudigend lijkt mij de uitspraak van BOCK C.J., in ULMER et alii, Vergleichende Warentests, blz. 25 (26) te zijn: "Zusammenfassend würde ich die Organisierung, Systematisierung und Objektivierung des Warentests als eine Vervollkommung des Einzel tests ansehen, den jede Hausfrau und jeder Konsument am Markte vornimmt."

(24) SPENGLER, Neun Thesen zum vergleichenden Warentest, MA, 1966, 453 (454); VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 208-209.

(25) Het nut van deze tests voor de verbruikersvoorlichting wordt door MEINERS zelfs ontkend. Hij stelt dat deze tests bedrijfsintern zijn en niet worden geconcipieerd als oriëntatiehulp bij de aankoop en dus geen vergelijking met substitutiegoederen noch een voor de vrager herkenbare analyse der relevante kwaliteitskenmerken omvatten. Ook bieden zij niet de zo nodige vergelijkingen van kwaliteit en prijs, doch hoogstens de verhouding tussen kwaliteit en kosten. MEINERS D., Ordnungapolitische Probleme des Warentests, blz. 36.

(26) Sinds kort (Herfst 1972) verschijnt in België een financieel

vergelijkende warentests door neutrale instanties niet zou zijn ontstaan (27), toch blijft de toestand zo dat aan de verbreiding van deze onderzoeken een werkelijke nood beantwoordt bij de consumenten.

§ 2. Historiek (28)

32. In 1910 werd te Parijs door Armand Fénétrier en onder voorzitterschap van Charles Gide (29) de ligue des consommateurs français opgericht, die echter een zeer kort leven beschoren was. Na de eerste wereldoorlog ontstond in 1919 onder het patronage van het tijdschrift Le Progrès civique een nieuwe ligue die zelfs nooit werkelijk naar buiten optrad. Ook in 1928-29 herleefde de idee van een consumentensyndicaat onder de Grande Ligue ou Confédération Générale des Consommateurs die evenmin een lang leven kende. De bedoeling was dat deze Grande Ligue de talrijke groeperingen zou overkoepelen die de verdediging van de consument waarnamen. De organisatie overleefde echter haar eerste algemene vergadering van 24 februari 1919 niet (30).

Intussen had professor Mahaim van de Luikse Universiteit een pamflet uitgegeven, getiteld La primauté du consommateur, dat in 1913 verscheen, en waarvan de ideeën, na de eerste wereldoorlog aanlei-

(.../... beleidsblad, uitgaande van drie commerciële firma's, dat zonder vergelijkingen door te voeren toch teert op het image van gelijkaardige publikaties van consumentenorganisaties. Budget-Flash steunt op de samenwerking van een bankinstelling, een firma van elektrische apparaten en een vrouwentijdschrift. Het bevat publiciteit voor deze drie firmas en is gratis.

(27) BODMER-LENZIN, Vergleichende Qualitätsprüfung, MA, 1963, 1031.

(28) Bij de algemene beschouwingen over de eerste consumentenbewegingen is geen rekening gehouden met de geschiedenis van de verbruikerscoöperaties.

(29) Zie de werken van GIDE: Le règne du consommateur, Paris, s.d.; Traité d'économie politique, Paris, 1930; met DAUDE-BENCEL, De la lutte contre la cherté par les organisations privées, Collection Carnegie, 1926.

ding geven tot de oprichting te Brussel van een Union des Consommateurs (31). "De Unie leed in rekerdtijd schipbreuk en liet de stichters alleen de magere troost dat ze hun tijd waren voorop geweest. Wat men aan deze pioniers kan verwijten is dat ze getracht hebben de mensen te winnen met ideeën in plaats van met concrete voordelen die aan elke voorlichting moeten verbonden zijn." (32)

33. De eigenlijke start werd in de Verenigde Staten gegeven. Daar publiceren in 1927 Stuart Chase en F.J. Schlink het boek Your Money's Worth, dat de "hut van Oom Tom" van de consumentenbeweging mag worden genoemd. Het boek klaagt allerlei misstanden aan en pleit voor het zelf ter hand nemen door de consumenten van het onderzoek naar de kwaliteit der waren (33). Kort na de verschijning ervan vormen de auteurs een consumentenclub om hun leden te informeren. Deze club groeit snel en wordt in 1929 de Consumers' Research Inc.. In 1935 heeft de Consumers' Research aanzienlijke moeilijkheden over werkvoorwaarden met haar 70 tewerkgestelden. Ten gevolge van een staking wordt dan de rivaliserende Consumers' Union of America Inc. opgericht, die weldra in ledenaantal en in-

(30) Voor meer gegevens zie: ARLET P., La consommation. L'éducation du consommateur, blz. 119-131; MEYNAUD J., o.c., blz. 169.

(31) De politieke carrière van Mahaim heeft ongetwijfeld verdere initiatieven verhinderd. In 1921 werd hij namelijk Minister van Landbouw.

(32) Citaat ontleed aan VAN RIJCKEGHEM W., Beschouwingen bij het vraagstuk van de voorlichting van de verbruiker, De Gids op maatschappelijk Gebied, 1961, 783 (788). Vgl. NEYRINCK M., De "sovereine" verbruiker, Cepess-Dokumenten, 1962, nr. 5, 124; VAN RIJCKEGHEM W., Vormen van consumentenorganisatie buiten Nederland, in: De (on)-macht van de consument, blz. 28; MEYNAUD J., o.c., blz. 362 e.v.; ARLET, o.c., blz. 99-100.

(33) Zo zal de consument die als Alice in Wonderland verloren gelopen is, uit dit Wonderland geraken. Zie het besluit met de suggesties, blz. 258 (264 tot 267).

vloed haar rivale overtreft (34). Aanvankelijk met wantrouwen bejegend (35), hebben beide zich thans een zeer sterke positie weten op te bouwen (36). Hun aktie wordt de laatste jaren moreel zeer sterk gesteund door het optreden van Ralph Nader en doordat zij zelfs op aanvraag van parlementaire commissies en overheidsdiensten bepaalde tests hebben doorgevoerd (37). Hun budget bedroeg in 1965 4 miljoen dollar en de beweging groeit nog steeds (38).

34. Op 18 maart 1957 ontstond in Engeland de Consumers' Association (39) die naar het voorbeeld der amerikaanse Consumers' Union was opgevat en die zich tot hoofddopdracht stelde vergelijkende wa-rentests door te voeren en te publiceren. In 1970 had zij meer dan 600.000 leden. Sinds 1961 werkt zij met regionale en plaatselijke verbruikersgroepen om de aktie meer kracht bij te zetten (40).

(34) Gegevens ontleend aan HEPNER H.W., Effective Advertising, blz. 33 e.v..

(35) De Consumers' Union stond tot 1953 op de lijst van verenigingen die verdacht werden van communisme bij het Committee on Un-american Activities: BEGEMANN G., Rechtsfragen der Verbraucherberatung, blz. 7.

(36) De oplage der Consumers' Reports van de Consumers' Union bedroeg in 1970 1.600.000 exemplaren. (2.200.000 in 1973) Die van Consumer Bulletin der Consumers' Research 200.000.

(37) CROWN P., o.c., blz. 87-88.

(38) Voor meer details, zie HESBERG, Verbraucherberatung durch Konsumgütertests, Erfahrungsbericht über die in den Vereinigten Staaten angewandten Methoden der Gebrauchswertprüfung; GUTH, Kollektive Verbrauchervertretungen in den U.S.A.; VAN RIJCKEGHEM, o.c., De (on)macht van de consument, blz. 24-26; HESBERG, Zur Frage des Konsumgütertests als Mittel der Verbraucherberatung, Wirtschaftspolitische Chronik, Heft 3 (1957).

(39) Voor meer gegevens, zie: BRENNECKE, o.c., blz. 216 e.v. BROOK C., Consumer education and - relations in Great Britain, IOCU-Bulletin, 1964, nr. 27, 20.

(40) De eerste was de Oxford Consumers' Group. Zie voor meer bijzonderheden: Local Consumer Groups, IOCU-Bulletin, 1964, nr. 24, 7.

Het maandelijks tijdschrift Which ? verschijnt naast de in 1962 opgerichte Medical Letters bestemd voor artsen en apothekers, waarin geneesmiddelen vergelijkend worden besproken. De Consumers' Association wordt gefinancierd uit de bijdragen van de leden, welke door het abonnementsgeld wordt geïnd. In 1958-59 echter heeft de British Trust for Economic and Technical Research een deel der testkosten overgenomen (41). Sinds 1961-62 wordt met de BBC samengewerkt voor dezes Choice-programmas, die consumentenvoorlichting geven (42). Ook geeft de Consumers' Association een aantal boeken en pamfletten uit evenals sinds 1962 Motoring Which ? voor automobilisten en even later Money Which? waarin financiële informatie werd geboden (43). Naast vergelijkende warenonderzoeken publiceert de Association ook regelmatig volledige marktoverzichten over een bepaald produkt, waarin slechts feitelijke informatie over prijzen, inhoud, enz. wordt medegedeeld, doch geen beoordeling wordt gegeven (44). Sinds 1961 verschijnt ook een tweewekelijks informatiebulletin onder de titel Consumer News met informatie over algemene verbruikersvraagstukken. De Consumers' Association geniet een zeer hoog aanzien. Aan haar competentie en integriteit wordt niet getwijfeld. Dit blijkt uit het feit dat tot heden slechts vier gedingen tegen haar werden ingespannen. Geen enkele hierna kwam voor de rechtbank (45).

(41) BROOK C., o.c., IOCU-Bulletin 1964, nr. 27, 20. Zie over de financiering der Consumers' Association: BROOK C., Eine unabhängige Konsumentenorganisation und ihre Finanzierung, MA, 1963, 1040 (1045-46).

(42) Which and the BBC, IOCU-Bulletin, 1962, nr. 14, 12.

(43) Hun oplage was in 1971: Which ? 610.000, Motoring Which? 300.000 en Money Which? 200.000 zie HARTIG, o.c., blz. 23.

(44) De eerste verscheen in juli 1961 en handelde over koelkasten.

(45) BORRIE G., Advertising and Comparative Testing, in: Fair Trade and the Consumer in Western European Law, Conference Papers, blz. 17 (35).

35. Op het vasteland is deze evolutie ongeveer gelijktijdig met of even na het Engelse voorbeeld voortgeschreden: Nederland, België, Frankrijk, Luxemburg, Italië, de Scandinavische landen en IJsland beschikken over verbruikersverenigingen, waarvan het merendeel warentests doorvoert.

In Continental Europa ligt het verschil met de ontwikkeling in de Anglo-amerikaanse landen (46) hierin, dat verbruikersverenigingen niet werden gesticht om ad hoc warentests door te voeren, maar dat bestaande verbruikersverenigingen zich onder andere doeleinden ook de taak stelden om warenonderzoeken door te voeren (47).

36. In 1953 ontstond in Nederland de stichting Nederlandse Consumentenbond te Arnhem, waarvan de statuten in 1954 en in 1961 werden gewijzigd. Doordat de Minister van Economische Zaken een voorstel tot subsidiëring indiende dat door de Tweede Kamer werd afgewezen, kreeg de bond plots zeer veel aandacht, in de pers en steeg het ledenaantal erg. Vanaf 1961 werd dan toch een rijkssubsidie toegerekend voor 50 % (later 70 %) van elk onderzoek. In 1962 steeg als gevolg van de Lexington-zaak (48) het ledenaantal van 25.000 naar 45.000 (49). Bij brief van 14 juli 1965 vroeg de Minister van Economische Zaken aan de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad, hoe het vergelijkend warenonder-

(46) Waaronder ook Canada, Nieuw-Zeeland en Australië te rekenen zijn.

(47) SCHOLTEN S., geciteerd zonder verdere verwijzing bij ULMER E., in UMER et alii, o.c., blz. 11 (15).

(48) Voorz. Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962, GRUR AIT, 1962, 511.

(49) Voor een volledig overzicht van de geschiedenis, zie: G.W.G. VAN BREE en W.L. A. ROESSINGH, Het archief van de Nederlandse Consumentenbond, 1952-1965, welke zich echter tegenspreken wat de stichtingsdatum betreft: 14 januari 1953 (blz. 1) en 14 februari 1953 (blz. 2).

(50) Zie vooral bijlage II bij dit SER-advies over de financiering van het vergelijkend warenonderzoek, blz. 31-49.

zoek in het belang van de consument en het bedrijfsleven best kan worden verricht. Het advies van 7 oktober 1966 is een der belangrijkste bronnen voor de studie van de geschiedenis van het vergelijkend warenonderzoek geworden (50).

In 1968 telde de bond 185.000 leden, in 1973 400.000 (51). De structuur der Consumentenbond ziet er uit als volgt: per district worden vertegenwoordigers gekozen welke een Bondsraad vormen met 100 leden. Deze houdt toezicht op het gevoerde beleid en zorgt voor de aanstelling van een Bestuur met 13 leden. Ter uitvoering van dit beleid is er een bureau met 40 leden, verdeeld over vijf afdelingen: warenonderzoek en dienstenonderzoek die zorgen voor het onderzoekswerk over produkten, respectievelijk diensten en daarover verslagen opstellen; de afdeling redactie die de verslagen bewerkt en de afdeling leden service die individuele schriftelijke informatie biedt en ongeveer 1500 brieven per maand ontvangt (52). Sinds 1971 werd ook gezorgd voor een uitgebreide juridische dienst die consumenten bijstaat bij geschillen met leveranciers en juridisch advies verstrekt. Zo een minnelijke schikking onmogelijk blijkt en de zaak belangrijk is als precedent, betaalt de Consumentenbond alle procedurekosten en de kosten van een raadsman, of voert zelf het geding. De bond heeft ook klachtencommissies opgericht in overleg met de bedrijfssectoren wasserij en nieuwkuis, waar verbruikersklachten worden behandeld.

37. Daarnaast bestaat het Konsumenten kontakt (tot 1971 Consumenten Contact Orgaan C.C.O. genoemd), sinds 1955 als informeel overlegsgorgaan, sinds 1957 als stichting met als doel door vereende

(51) Consumer Protection in the Common Market Countries, International Consumer, 1973, 7.

(52) Hoe pakt de Consumentenbond de zaken aan en pakt de Consumentengids ze uit?, Consumentengids, 1968, 235-238; Vgl. Der Test, 1969, Heft 11, 49.

krachten het consumentenbelang te bevorderen in het bijzonder door aan de overheid en het publiek een gezamenlijk standpunt te laten horen over aangelegenheden die het algemeen consumentenbelang betreffen en waarover eensgezindheid binnen de stichting bestond. Oprichters waren de drie vakcentrales: Nederlands Verbond van Vakverenigingen (NVV), Nederlands Katholiek Vakverbond (NKV) en het Christelijk Nationaal Vakverbond in Nederland (CNV), de centrale der Nederlandse verbruikscoöperaties CO-OP Nederland en de Nederlandse Consumentenbond (53). Na 1966 werden de Stichting Nationale Contactcommissie Gezinsbelangen en de Nederlandse Vereniging van Huisvrouwen opgenomen. Per 1 januari 1971 trad de Nederlandse Consumentenbond uit het C.C.O. wegens verschil van inzicht over de beste organisatorische opzet van de belangenbehartiging der consumenten in Nederland (54). Het maandblad Koopkracht informeert over algemene verbruikersvraagstukken, geeft technische onderzoeken en behandelt klachten.

In 1959 publiceerde de CCO haar eerste vergelijkend warenonderzoek. In 1965 werd besloten, omwille van de hoge kosten en de tijdrovende procedure geen gesubsidieerde vergelijkende warenonderzoeken meer door te voeren (55). In deze tijdspanne had men slechts zeven onderzoeken kunnen publiceren (56). Dat dit onderzoek zo moeilijk van stapel liep hoeft geen verwondering te wekken: ook de Nederlandse Consumentenbond had het van 1953 tot 1958 erg moeilijk en kon slechts dank zij financiële hulp van de Consumers' Union en de Consumers' Association voldoende tests publiceren, zodat ook

(53) Van 1955 tot 1957 heeft de Nederlandse Huishoudraad aan het overleg medegewerkt.

(54) Verantwoording aan onze leden over ons uittreden uit het C.C.O., Consumentengids, 1970, 419-421.

(55) Gegevens ontleend aan het SER-advies, bijlage II, blz.34-37.

(56) VAN RIJ P.H., Het vergelijkend Warenonderzoek in Nederland, ESB, 1966, 1315.

meer leden werden geworven (57)

Sinds 1970 herbegon men met vergelijkende warenonderzoeken. Sinds 1967 wordt de C.C.O. door de overheid gesubsidieerd. In 1972 bedroeg deze subsidie fl. 140.000. Bij brief van 14 juli 1965 vroeg de Minister van Economische Zaken aan de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal Economische Raad om het hoger vermelde advies. Als gevolg daarvan ontstond de Stichting Vergelijkend Warenonderzoek waarin de Consumentenbond en Konsumenten Kontakt zetelen. Zij werken een programma van vergelijkende warenonderzoeken uit dat door de overheid voor 90 % wordt gesubsidieerd (640.000 fl. in 1972).

Deze tests worden door gespecialiseerde laboratoria in binnen- en buitenland doorgevoerd en daarna geëvalueerd door een superviserend comité, dat uit afgevaardigden der consumenten en der producenten bestaat. De resultaten worden nadien verspreid door de Consumentengids en door Koopkracht, alsook door speciale folders welke de stichting zelf verspreidt.

38. In België werd de VZW Union belge des Consommateurs - Belgische Unie der Verbruikers op 25 oktober 1957 opgericht (58). Bij besluit van de algemene vergadering van 5 september 1961 werd de maatschappelijke benaming gewijzigd in Association des Consommateurs - Verbruikersunie (59). Zij telde op 31 mei 1970 119.249 leden; in 1973 182.000 en stelt zich ten doel:

"... buiten elke ideologie van confessionele of politieke aard, en zonder dat de opsomming enige beperking inhoudt, alle consumenten te groeperen die hun belangen wensen te verdedigen; in totale onafhankelijkheid de kwaliteit van de produkten en diensten die haar

(57) BRENNECKE, o.c., blz. 77.

(58) Bijlagen B.S., 1957, N 3624, blz. 1357, Art. 7 gewijzigd in 1959: Bijlagen B.S., 1959, N 3346, blz. 1433 en art. 2 in 1962, Bijlagen B.S., 1963, N 867, blz. 326.

(59) Bijlagen B.S., 1961, N 3638, blz. 1409.

leden op de markt kunnen aantreffen op te sporen en te controleren; en hem en het publiek in het algemeen te informeren over het resultaat van deze onderzoeken en centrales (60)." Zij gaat er prat op de eerste belgische verbruikersorganisatie te zijn die vergelijkende warentests doorvoerde en verklaart dat al haar inkomsten uitsluitend voortkomen uit de bijdrage der leden, wat haar onafhankelijkheid van politieke en handelsgroeperingen waarborgt en elke vorm van rechtstreekse of bedekte publiciteit uitsluit (61). Haar tijdschrift Test-Aankoop - de Franstalige uitgave heet Test-Achats - verschijnt maandelijks (62). Vanaf september 1970 verscheen daarnaast Budget-Test een "driemaandelijks raadgevend tijdschrift voor uw geldplaatsingen". Tests werden soms ook gepubliceerd in de organen van de Kristelijke Werkersbond (Raak) en van de Katholieke Arbeidersvrouwen (63). Veel storm is er in de loop van de geschiedenis van dit blad - evenmin als van de andere bladen - niet geweest. Tenzij toen in nummer 95 van april 1970 een onderzoek verscheen over de verontreiniging van het zeewater aan de Europese stranden. De belgische radio en televisie namen het onderzoek over in een programma, waarin deskundigen met de visie en de resultaten van het onderzoek instemden. Daar aan de belgische kust de stranden van Westende, Knokke, Oostende en Koksijde als verdacht werden aangemerkt, was de reactie bijzonder heftig: de Provinciale Toeristische Vereniging West-Vlaanderen, "Westtoerisme" reageerde met een persconferentie waarop de gezondheids-

(60) Art. 2 der statuten, geciteerd op de tweede bladzijde van elk nummer van Test-Aankoop.

(61) Vermeld op de tweede bladzijde van elk nummer van Test-Aankoop.

(62) Test-Achats verschijnt sinds juli 1959. Onder invloed van het tweetalige VIVEC-UFIDEC werd dan in september het nederlandstalige Test-Aankoop uitgegeven.

(63) Zie: De Gids op Maatschappelijk Gebied, 1970, 590. Over de samenwerking met de Nederlandse Consumentenbond, zie: KUFFERATH, Collaboration between AC and NCB, IOCU-Bulletin, 1962, I, 18 e.v.

inspekteur van West-Vlaanderen verklaarde dat in 20 jaar geen besmetting door zeewater was gebeurd. De directeur van het zeepreventorium te Den Haan reageerde echter door te verklaren dat de behandeling in het preventorium tijdelijk diende te worden stopgezet gezien de te grote vervuiling van het te gebruiken water. Het aanvragen van een krediet van 300 miljoen frank voor de zuivering van het Oostends rioolwater door de burgemeester van Oostende, leidde tot een rechtstreekse aanval van de Minister van Volksgezondheid op de Verbruikersunie (64), terwijl ook de Minister van Wetenschapsbeleid reageerde (65). Daarop verklaarde de verbruikersunie niets terug te nemen van hetgeen zij had gepubliceerd (66). Deze polemiek leidde zelfs tot ruzie met het rivaliserende VIVEC, polemiek die werd beslecht voor de rechtbank (67).

In januari 1972 deed zich een gelijkaardige polemiek voor naar aanleiding van een artikel over het gevaar van kwikvergiftiging bij groot visverbruik.

De Verbruikersunie heeft sinds enkele jaren een laboratorium te Mechelen voor het onderzoek van akoestisch materiaal, waarin zij ook test voor andere organisaties uitvoert (Eurolabo). Daarrond ontstond de European Testing Group of het E.E.G. Consortium voor vergelijkend warenonderzoek dat naast de Verbruikersunie ook de Nederlandse Consumentenbond, de Union Fédérale de la Consommation en de Stiftung Warentest groepeerd. Nauwe samenwerking bestaat tussen dit Consortium en de Consumers' Association en de Deense

(64) Ook VIVEC reageerde afwijzend: VIVEC, 1970, nr. 62, blz. 2-3.

(65) Minister Theo Lefèvre in De Standaard, 16 april 1970.

(66) Test-Aankoop, 1970, nr. 98, blz. 195 e.v.

(67) Rb. Brussel, 24 febr. 1971, Test-Achats v. Richély, niet gepubliceerd, bev. Brussel, 11 juli 1971, J.T., 1972, 104, waarop ook commentaar in De Standaard, 16 februari 1972, blz. 11.

Forbrukerrådet (68)

Sinds september 1974 verschijnt het driemaandelijks Test uw recht, tijdschrift dat juridische voorlichting geeft op bevattelijke manier voorgesteld.

Sedert 1972 heeft Test-Aankoop doorlopend getracht minstens een maal per jaar door een sterk origineel onderzoek zich in de volle aandacht te plaatsen. Deze onderzoeken waren geen van alle vergelijkende warenonderzoeken in de zin daaraan door ons gegeven. Eerst ging het om de naleving der wettelijke en deontologische regels inzake de aflevering van geneesmiddelen door de apothekers (69), welk onderzoek aanleiding gaf tot een langdurige procesvoering omtrent het recht van antwoord vanwege de Algemene Farmaceutische Bond (70), recent braken naar aanleiding van een door Test-Aankoop verspreid dossier over de farmaceutische industrie (71) en van een enquête bij 65 huisartsen inzake de verstrekkingen van een advies in de zin van K.B. 16 nov. 1973 of zij al dan niet weigerden na aanvraag een antibioticum voor te schrijven zonder de zieke te hebben gezien, en of de artsen de overeenkomst tussen artsen en ziekenfondsen hadden nageleefd indien zij de overeenkomst hadden onderschreven (72). Op het ogenblik dat deze lijnen werden neergeschreven was de reactie uit beide kampen van "getroffenen" nog niet uitgedeind, zodat het moeilijk is te voorspellen wat het uit-

(68) SHEARS P., Industrial and Consumer Testing, International Consumer, 1971, nr. 1, 5 e.v.

(69)

(70) Zie: Brussel, 2 okt. 1973, J.T., 1974, 337 verbroken door Cass., 14 okt. 1974, J.T., 1975, 10. Op 9 jan. 1975 werd door het Hof te Luik na verwijzing uitspraak gedaan, waartegen het Cassatieberoep werd verworpen: Cass., 9 juli 1975, J.T., 1975, 532.

(71) De geneesmiddelenindustrie op de korrel, Test-Aankoop, 1975, nr. 155, 4-5, onder verwijzing naar het dossier: Het geneesmiddel: reclame en overconsumptie.

(72) En het RIZIV maar betalen, Test-Aankoop, 1975, nr. 155, 28-30.

eindelijke gevolg van deze onderzoeken zal zijn (73).

Ontleedt men deze beide tendensen die sinds 1972 aan bod kwamen dan kan men stellen dat de Verbruikersunie heeft gemeend haar doelstellingen aanmerkelijk te moeten verruimen. Gedeeltelijk is deze verruiming zeer van nutte gebleken. Aldus moet men de oprichting van Budget-Test en van Test uw Recht niet alleen interpreteren in de zin dat werd aangesloten bij een evolutie die in het buitenland reeds enkele jaren geleden plaats vond, doch ook betekent dit een tegemoetkoming aan de nood der consumenten aan voorlichting omtrent de besteding van hun inkomen (buiten die over de gewone consumptieve aankopen) en omtrent hun rechtspositie. Indien men daarnaast evenwel zich ging richten op onderzoeken inzake algemene milieuvervuiling, verspilling van staatsgelden, doorlichten van bepaalde industrieën, taakbehartiging door beoefenaars van vrije beroepen, dan matigde men zich een erg ruime maatschappij-kritische functie aan, wat mijns inziens niet behoort te gebeuren door een verbruikerstijdschrift dat op de eerste plaats nog altijd stelt het publiceren van vergelijkende warenonderzoeken. De onderzoeken hebben bij de betrokkenen (en niet altijd ten onrechte) zeer veel kwaad bloed gezet en konden niet steeds worden vrij gepleit van een zekere zucht naar sensatie. In al deze gevallen, mede omwille van de ruchtbaarheid die via persconferenties eraan werd gegeven, lijkt mij eerder het kweken van goodwill in the short run en een zucht naar het staan in de actualiteit te hebben voorgezeten, dan wel een werkelijke en eerlijke bekommernis om de belangen van de consument. Dit afzetgericht denken lijkt mij echter ook kortzichtig:

(73) Zie w.b. het dossier o.a.: De Financieel-Economische Tijd, 21 Okt. 1975; De Standaard, 18-19 okt. 1975; Knack, 17 sept. 1975, blz. 24. Zie w.b. de doktersenquête: Hugo DE RIDDER in De Standaard, 3 okt. 1975 en De Standaard, 14 okt. 1975; De Volksmacht, 24 okt. 1975, blz. 14.

hoger hebben wij gesteld dat een verbruikersvereniging een zeer kwetsbaar image heeft bij het publiek en dat blazoën zo ver mogelijk moet houden van "het allegaartje wildgeworden huisvrouwen, die niets beters te doen hebben". Hieraan wordt door deze acties tekort geschoten omdat het tijdschrift zich hier tracht op te werpen tot een orgaan van contestatie, op een terrein en met methodes die een daadwerkelijke en doeltreffende contestatie niet toelaten.

39. Daarnaast werd de VZW vrouwenverbond voor Informatie en Verdediging van de consument (VIVEC) (Union Féminine pour l'Information et la Défense du Consommateur (UFIDEC) opgericht op 17 april 1959 (74) met als doel: "... de informatie, en de verdediging van de verbruiker en voornamelijk:

- a) De bevordering van een beter huishoudelijk beheer door opzoeken, proefnemingen en inlichtingen over huishoudelijke problemen.
- b) De bescherming van de verbruikers tegen allerlei misbruiken en vervalsingen aangaande de verbruikersartikelen, zowel ten aanzien van de kwaliteit als van de prijzen: door studiën, opzoeken, proefnemingen, stappen bij de openbare machten, enz.
- c) De vertegenwoordiging van de verbruikers in alle organismen waar de vraagstukken, die hen aanbelangen, besproken worden; vertegenwoordiging al dan niet gezamenlijk met andere economische en sociale verenigingen.
- d) Zoveel mogelijk inlichtingen aan de verbruikers verstrekken over algemene problemen behorende tot het gebied van het verbruik door publicaties, inrichten van lessen, voordrachten, studiedagen, enz.

Bovendien kan de vereniging, bij beslissing van de raad van bestuur, alle andere taken ondernemen die bijdragen tot de verwezenlijking van haar hoofddoel of die bestemd zijn om daartoe bij te

dragen." (75)

VIVEC is te beschouwen als een bundeling van organisaties, wat de nauwe binding van de VZW met de Belgische Socialistische Partij verklaart. Bijzondere leden met de volheid der rechten en verplichtingen zijn de vertegenwoordigers van de Nationale Kas voor Onderlinge Hulp en Prenuptiaal Sparen der Socialistische Vooruitziende Vrouwen en van het Nationaal Verbond der Coöperatrices (76). Het telde in 1969 70.000 leden (77).

Haar financiële middelen ontleent VIVEC aan de bijdragen gestort door haar leden (78). Het tijdschrift VIVEC - de Franstalige uitgave heet UFIDEC - verschijnt maandelijks (79). Naast vergelijken de warenonderzoeken publiceert het regelmatig verslagen over misstanden en bedrog waarvan consumenten het slachtoffer zijn (80). VIVEC is echter ook indirect politiek actief (81). Regelmatig laat zij in het Parlement vragen stellen (82). De wet van 20 juni 1964 kwam mede onder haar impuls tot stand (83) en ook het K.B. 23 maart 1961 (84) over de bereiding van vlees, is volgens MEYNAUD (85) aan hen te danken. De vereniging heeft ook meerdere malen met de RTB samengewerkt voor het programma Magazine des Consommateurs. Daarnaast worden ook brochures uitgegeven met naast een vergelijkend warenonderzoek ook algemene informatie over de bedrijfssek-

(75) Art. 3 der statuten.

(76) Art. 8 der statuten.

(77) International Consumer, 1969, nr. 1,5.

(78) Art. 16 a) der statuten.

(79) Sinds 1971. Voordien tweemaandelijks.

(80) Sommige van haar onderzoeken werden overgenomen door m' le magazine de la consommation, tot eind 1972 maandelijks uitgegeven door de Centre Coopératif de la famille-entre nous, in een oplage van 11.000 exemplaren. Vanaf 1973 door Le Consommateur De Consument een tweemaandelijkse uitgave van de Federatie der Belgische Coöperaties die de verbruikerscoöperatieven met socialistische strekking in België groepeerde, met een oplage van 150.000 exemplaren: m' le magazine de la consommation, 1972, nr. 288, blz.32-33.

(81) Zie bijvoorbeeld: Amerikaanse methoden?, VIVEC, 1970, nr. 60, 18-19.

tor (86). Ook geeft men losse steekkaarten uit met algemene inlichtingen die een selectie inhouden van de beste produkten op basis van vroegere vergelijkende warenonderzoeken, zowel uit eigen als uit buitenlandse studies en onderzoeken.

40. In 1921 werd de Bond van de Kroostrijke Gezinnen van België gesticht. In 1961 werd als lid ervan de VZW Bond der Grote en Jonge Gezinnen gesticht. De Bond van Gezinnen-Verbruikers VZW, werd als lid door deze laatste mede gesticht op 11 december 1962 (87). Daaraan waren reeds twee jaar voorstudie voorafgegaan (88). De statuten van de Bond van Gezinnen-Verbruikers vermelden als doel van de vereniging

"... de voorlichting, opvoeding en bescherming van de gezinnen op het gebied van het verbruik, onder meer door het uitvoeren of het steunen van activiteiten van kwaliteitscontrole en vergelijkend warenonderzoek, de voorlichting en de opvoeding van de gezinnen op het gebied van huishoudelijk beleid; door het vertegenwoordigen

(82) Zie bijv. het antwoord van de Minister van Binnenlandse Zaken op een vraag van volksvertegenwoordiger Defraigne, Vragen en Antwoorden - Kamer van Volksvertegenwoordigers, 15 juli 1969, 1223.

(83) W. 20 juni 1964 houdende regeling van de handel in voedingswaren of -stoffen en andere produkten, Staatsbl., 26 juni 1964.

(84) Staatsbl., 17 april 1971.

(85) MEYNAUD J., Les consommateurs et le Pouvoir, blz. 179. Hun politieke aanvallen zijn sindsdien frekwenter geworden: zie bijv. VIVEC, 1971, nr. , 1. Ook Test-Aankoop werd - mogelijk onder invloed van dit voorbeeld - actief op het meer politieke terrein. Zie bv. Test-Aankoop, 1971, nr. , .

(86) Collectie: "De waarheid over ..." "La vérité sur ..." waarin verschenen een brochure over stookolie en steenkool.

(87) Bijlagen B.S., 20 dec. 1962, 1956, gewijzigd Bijlagen B.S., 7 april 1966, 776.

(88) Zie: Het gezin en de hedendaagse samenleving, Rapport van het doktrinaal Kongres te Brussel, 29-30-31 mei 1959, Sectie VII, Het Verbruik. (Stencil); BOUDRU F., Les activités de la Ligue des Familles Nombreuses dans le domaine de l'information, de l'éducation et la défense des consommateurs, Brussel, (stencil).

van de verbruikers bij de openbare instellingen en bij alle instanties waarvan de activiteiten een weerslag hebben op het verbruik; door studies, onderzoek en publicaties; door alle activiteiten in het belang der verbruikers ..." (89). De Bond werkt sinds 1962 nauw samen met de Coöperatieve Vennootschap Quality Control die houder is van meerdere collectieve merken en deze verleent aan producenten uit verschillende bedrijfssectoren. Zij telt 70 verbruikersclubs in verschillende plaatsen van het vlaamse land en publiceert het tijdschrift Koop zo het best sinds 1963 (90). Het verschijnt viermaal per jaar en bevat sinds 1968 vergelijkende warenonderzoeken naast de sinds vroeger verschijnende voorlichtingsrubrieken over onderwerpen die in het algemeen het verbruik betreffen. Gedurende één jaar werden deze overgenomen van de franstalige zusterorganisatie. Sinds 1969 liet de Bond van Gezinnen-Verbruikers zelf vergelijkende warenonderzoeken doorvoeren (91). Ook door het uitgeven van brochures en artikelen in het weekblad De Bond, orgaan van de Bond van Grote en Jonge Gezinnen, en door medewerking aan radio- en televisieuitzendingen wordt aandacht gevraagd voor de problemen der verbruikers. Sinds het begin van 1971 is echter de activiteit ten voordele van de verbruikers fel gedaald en worden geen vergelijkende warenonderzoeken meer doorgevoerd. Schriftelijke adviezen over verbruikersproblemen worden echter nog meer dan vroeger gegeven.

41. De franstalige Ligue des Familles Nombreuses et des jeunes Foyers, waarvan de geschiedenis tot 1961 gelijk loopt met deze van de Nederlandstalige Bond, heeft geen eigen afzonderlijke

(89) Art. 2 der statuten.

(90) Tot 1971 heette het Zo koopt U het best. Gegevens over de verbruikersclubs en hun concrete werking verschenen in De Standaard, 25 mei 1972, 10.

(91) Eerste eigen onderzoek: vuurvaste schotels, Zo koopt U het best, 1969, nr.1.

rechtspersoon ter behartiging der verbruikersbelangen in het leven geroepen. Wel werd een eigen tijdschrift opgericht dat Nous Acheteurs, La revue des consommateurs heet, en sinds 1963 trimestrieel, sinds 1966 tweemaandelijks verschijnt. Sinds 1966 worden vergelijkende warentests gepubliceerd. De activiteiten der franstalige Ligue lopen ongeveer parallel met deze der nederlandstalige afdeling, waarmee nauwe contacten bestaan, die de laatste tijd op het vlak van het verbruik erg verminderen. Begin 1974 werd het blad Nous acheteurs opgedoekt wegens geld- en lezerstekort en verschijnt nog slechts de verbruikersrubriek in Le Ligueur.

42. In Duitsland is de geschiedenis van het vergelijkend warenonderzoek werkelijk bewogen verlopen. De Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände (AGV) werd in 1953 gesticht en groepeerde 20 organisaties, waaronder het Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften (ZDK). Zij geeft een documentatieblad Verbraucher Politische Korrespondenz, dat om de veertien dagen verschijnt en een maandblad Verbraucher Rundschau uit. Na wetenschappelijk advies te hebben gevraagd (92), begon men in juni 1961 met de publicaties van Tests (93). In augustus 1962 werd tegen haar een eis ingesteld door het Duitse Markenverband (94) omdat de persoonlijke en zakelijke binding met de ZDK de neutraliteit teniet deed en financiering door de groothandel ten gevolge had. De eis werd afgewezen (95) en het beroep ertegen werd ingetrokken

(92) Namelijk: BORCK H.G., Ueber die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit sogenannter Querschnitt-Tests.

(93) VR, 1961, nr. 6, 2, over wasmiddelen.

(94) Na een voorafgaande pennetwist: zie het pamflet van BOCK C., Was ist das Markenverband eigentlich?.

(95) LG Köln, 15 mei 1963, VPX, 1963, Sondernummer; BB, 1963, 832.

na een akkoord over samenwerking tussen de AGV en de Rat des Deutschen Handels (96). Sinds juli 1963 (97) heeft de AGV geen vergelijkende warentests meer gepubliceerd (98). De laatste tijd worden pogingen gedaan om het tijdschrift waarvan de invloed zeer sterk was verminderd, terug naar het voorplan te helpen. In 1971 werd de AGV als overkoepelend orgaan vervangen door de Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher, die een aktievere rol ter verdediging der verbruikers zou gaan spelen. Tot heden is daarvan weinig te merken geweest. De AGV ontvangt overheidstoelagen.

43. Op 11 september 1961 verscheen het eerste nummer van het tijdschrift DM-Deutsche Mark, uitgegeven door Waldemar Schweitzer te Stuttgart. Dit was het eerste tijdschrift en tot nogtoe het enige, dat op commerciële basis warentests publiceert met het oogmerk winst te maken. In de eerste maanden van 1962 werd een eigen DM-testinstituut opgericht. Voordien een maandblad, werd het vanaf januari 1963 een weekblad met telkens twee tests per nummer. Het blad kende een geweldig succes, had in 1964-65 een oplage van 600.000 exemplaren (99), doch een groot aantal rechtsgedingen (100), ongelukkige financiële manipulaties en de concurrentie van de Stiftung Warentest leidden tot het faillissement van DM op 26 september 1966. Nadien werd het instituut en het blad door de uitgeverij Bärmeier & Nickel te Frankfurt gekocht,

(96) DITGEN, o.c., blz. 67; SER-advies, bijlage II, blz. 39.

(97) VR, 1963, nr. 7, 2 over elektrische koffiemolens als laatste.

(98) Voor een meer uitgebreide geschiedenis; zie: VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 144 e.v. en KARSTENS, Wirkung und Wirkungsmöglichkeiten der Verbraucherverbände in Deutschland, blz. 115 e.v.

(99) Oplage aangegeven in DM, 7 febr. 1964: 600.000 exemplaren; DM, 31 jan. 1965: 600.000 exemplaren.

(100) SCHRICKER G., Fair trade and the Consumer in the E.E.C., Fair trade and the Consumer in Western European Law, Conference Papers, blz. 133 voetnoot 26 vermeldt 16 gepubliceerde processen tussen 1962 en 1966, waarvan er 13 DM betreffen en waarbij nog 4 gepubliceerde gedingen te rekenen zijn die SCHRICKER niet vermeldt.

waar het sedert november 1966 terug verschijnt op een veel kleinere oplage. Tegen DM is veel kritiek uitgebracht omwille van de commerciële exploitatie van het blad: advertenties werden opgenomen, het blad werd in grote oplage aan fabrikanten van gunstig beoordeelde produkten verkocht (101). Veel twijfel werd op grond hiervan geuit over de neutraliteit en de objectiviteit van het blad (102). Na 1966 ging het achteruit met dit blad: er worden geen eigen tests meer gepubliceerd, doch men drukt drie tot vier bewerkingen van tests van de Stiftung Warentest of van het Institut für Warenprüfung af per nummer, waarbij geen samenvattende eindbeoordeling wordt gegeven (103). Het blad verschijnt thans maandelijks.

Het succes van dit blad werkte aanstekelijk op andere bladen die incidenteel ook warentests publiceerden (104).

44. In de regeringsverklaring van 9 oktober 1962 door Kanselier Adenauer (105), werd het de Minister van Economische Zaken opgedragen, zo gauw mogelijk tot de oprichting van een instituut over

(101) 5000 exemplaren en een speciale herdruk van 20.000 exemplaren werden aldus door de firma Braun AG van het nummer 3 van 29 jan. 1962 gekocht. DM, 1962, nr. 4, 54; DM, 1962, nr. 10, 62 en DM, 1962, nr. 3, 56: ontleend aan WILL M., Warentest und Werbung, blz. 17, voetnoot 29.

(102) Zo o.a.: HEFERMEHL, o.c., GRUR, 1962, 611 (613); ELLSCHEID, Diskussionsbeitrag, GRUR, 1962, 640; BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, nr. 72 bij § 1 UWG. Geen beïnvloeding: o.a. BUSSMANN, Der Warentest, blz. 81; EICHMANN, o.c., blz. 39; OLG Stuttgart, 26 juni 1963, BB, 1963, 831; LG Frankfurt, 4 dec. 1963, BB, 1964, 239.

(103) HARTLE, o.c., blz. 19. Zie ook: Der Test, 1972, 179 en 267.

(104) Bv. Welt der Arbeit, Aldus: G. VANDENBERGHE, Herrie rond het vergelijkend Warenonderzoek, Gazet van Antwerpen, 30 juli 1962; Deutsche Gewerkschaftsbund, aldus: GRASSMANN, o.c., blz. 22-23.

(105) Geciteerd bij GRASSMANN, o.c., blz. 1.

te gaan dat neutrale warentests zou doorvoeren. Op de begroting voor 1963 verschijnt daarop een post van 500.000DM voor vergelijkend warenonderzoek (106). Hierover werd heftig gepolemiseerd, waarbij meerdere gezaghebbende personen zich tegen het initiatief uitspraken (107). Op 4 december 1964 werd, na langdurig parlementair debat, de Stiftung Warentest te Berlijn opgericht als een officieel staatsinstituut. De Bundesregierung had 400.000 DM stichtingskapitaal ter beschikking gesteld, terwijl de staat de stichting nog met 4 miljoen DM per jaar financierde tussen 1966 en 1969. De regering benoemt ook het dagelijks bestuur van vijf onafhankelijke personen (108).

De directeur en de bestendige raad van advies, bestaande uit 15 tot 21 onafhankelijke personen-vaktechnici, worden benoemd op voorstel van het bestuur. Daarnaast is er een paritaire permanente commissie met 15 leden die voor elk warenonderzoek een Programmierungsbeirat van drie tot vijf experts aanstelt (109).

Sinds einde december 1971 heeft de Stiftung Warentest een nieuwe Satzung, waaraan drie doelstellingen ten grondslag

(106) RINCK, Organisation und Auswertung von Warentests, BB, 1963, 1027.

(107) Markenverband erhebt Einspruch gegen Errichtung einer Warentest-Stiftung, MA, 1963, 9; GREIFELT, Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung und Warentest, DW, 1964, 33; BOCK, in Der Verbraucher, 1964, nr. 39, waarover verslag in BB, 1963, 1182. Voor het aandeel van de AGV en het Markenverband in deze polemie, zie: DITGEN, o.c., blz. 69-70, GRASSMANN, o.c., blz. 26-28.

(108) Een econoom, een bedrijfseconoom, een specialist in het merken- en concurrentierecht, een specialist in het administratieve recht en een huishoudster.

(109) Warentestinstituut im Bundeshaushalt, MA, 1964, 474; SER-advies, bijlage II, blz. 40; STRICKRODT, Warentest-Institut als zivilrechtliche Stiftung, DB, 1965, 1081-1082. Voor een bespreking der statuten zie: DROSTE H., Warentest in Zukunft, GRUR, 1965, 219 (221-222).

liggen, namelijk het verstevigen der leiding binnen de Stiftung, het verbeteren der samenwerking tussen de verschillende comités en de verruiming der beslissingsbevoegdheid van de leiding. Naar het voorbeeld van de Aktiengesellschaft heeft de Stiftung Warentest drie organen, samengesteld uit elk vijf personen, aangesteld voor drie jaar: de Verwaltungsrat, het Ehrenamtliches Gremium en de Aufsichtsrat. De gewone beheershandelingen worden door de Vorstand van drie leden gesteld, terwijl de vroegere bestendige raad van advies en de afdelingen Wirtschaft en Verbraucher thans het Kuratorium vormen. Dit telt vijftien leden, waarvan vijf verbruikers, vijf economen en vijf "neutralen", voorgesteld door de Verwaltungsrat deel uitmaken. Hun opdracht bestaat in het voorstellen van tests aan de Vorstand en te zorgen voor de klaarheid in de voorstelling van de uiteindelijke testberichten. De nieuwe Satzung voorziet ook niet meer in een beperking der financiering door de staat tot 4 miljoen D.M. In 1972 bekam de Stiftung vijf, in 1973 vijf en een half miljoen D.M. (110).

Het eerste nummer van Der Test, het orgaan der Stiftung, verscheen in april 1966 op ongeveer 200.000 exemplaren. In 1969 zou dit echter teruggevallen zijn tot 60.000 exemplaren (111). Zeker is dat de publicatie geen onverdeeld succes is en er is dan ook van verschillende zijden kritiek tegen de Stiftung gerezen (112). Bovendien wordt nog bezwaar gemaakt tegen de trage en ingewikkelde procedure en tegen de al te voorzichtige aanpak, welke de stichting

(110) Stiftung Warentest mit neuer Satzung. Nach Vorbild der Aktiengesellschaft, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 22 dec. 1971, blz. 14.

(111) MEYNAUD, La défense du consommateur dans les sociétés capitalistes, blz. 190, die echter als aanvangscijfer 350.000 exemplaren vermeldt. In 1971 had het tijdschrift een oplage van 175.000 exemplaren: MA, 1971, 461 en Stuttgarter Zeitung, 21 okt. 1971, namelijk 110.000 abonnees en 75.000 exemplaren die via kiosken, verbruikersdiensten en redacties van kranten en tijdschriften werden verspreid. Voor 1973 vermelden NEIRYNCK en HILGERS 150.000 exemplaren (o.c., blz. 286). De tests worden echter op grote oplage overgedrukt ± 10.000.000 exemplaren.

(112) Zie voor een tamelijk volledig overzicht: .../...

nochtans niet tegen processen heeft behoed. De laatste tijd gaan meer en meer stemmen op voor een reorganisatie van de Stiftung. Vermeld dient tenslotte dat de AGV, het Markenverband, de Hauptgemeinschaft der Mittel- und Grossbetriebe een Aktionsgemeinschaft für Warentestfragen hebben gesticht. Doel is de samenwerking van verbruikers, handel en industrie in het raam van alle met warentests samenhangende vragen en gelijkaardige verbruikspolitieke problemen te bevorderen. Zij wil vooral opbouwende kritiek uitbrengen. Gebrek aan werkelijke deelname aan het testproces en gebrek aan erkende economische macht bewerken dat de activiteit van de Aktionsgemeinschaft tot heden nauwelijks merkbaar was, ondanks de verschillende pogingen tot grotere uitstraling welke werden en worden gedaan.

45. In Frankrijk bestaan naast elkaar drie consumentenorganisaties die zich met vergelijkend warenonderzoek bezig houden (114).

46. De Union Fédérale de la Consommation Française A.S.B.L. (UFC) werd opgericht in 1951. Zij wordt voor 60 % door de overheid gesubsidieerd. Haar tijdschrift Que Choisir verschijnt zes maal per jaar, haar Bulletin d'Information vier maal per jaar (115). Daarnaast geeft zij ook de brochures Savoir Acheter uit. De UFC beoogt de vertegenwoordiging van de verbruiker waar te nemen bij alle private of overheidsorganisaties of commissies, die zich met consumentenproblemen bezig houden. Zij is actief op het gebied van de opvoeding, de organisatie en de informatie van de verbruiker, o.m. door vergelijkende warenonderzoeken. De UFC is terzelfdertijd

.../... Wachsende Kritiek an der Stiftung Warentest, MA, 1967, 124. (113)

(114) Voor meer gegevens, zie: HEMARD Jean, Wettbewerbsrecht und Schutz der Verbraucher in Frankreich, GRUR AIT, 1972, 108-119.

(115) Oplage: 4.000 exemplaren in 1969, 200.000 in 1972: NEIRYNCK J. en HILGERS W., Le consommateur piégé, blz. 267.

een overkoepelende organisatie van vrouwenorganisaties, familie-
le verenigingen en werknemerssyndicaten, die daarnaast ook
individuele leden telt.

47. Daarnaast bestaat de Association pour la diffusion des tech-
niques ménagères (ADTM) in 1952 opgericht. Deze wordt eveneens door
de overheid gesubsidieerd. Zij geeft geen tijdschrift uit, maar
verstrekt praktische voorlichting, waartoe zij onderzoeken laat
doorvoeren.

48. In 1959 werd de A.S.B.L. Organisation Générale des Consomma-
teurs (OrGéCo) opgericht te Parijs. Zij is eveneens door de over-
heid gesubsidieerd en bestaat in nauwe binding met de arbeiders-
syndicaten. Doel is allereerst geweest de koopkracht van het loon
te beschermen. Nochtans blijkt dat in 1961 dit doel veranderde
voor het verbreiden van informaties die de consumenten nuttig
kunnen zijn, het doorvoeren van vergelijkend warenonderzoek, het
stelling nemen tegenover gebeurtenissen van het economisch leven
en het doorvoeren van basisstudies over economisch recht, krediet-
systemen, reclame, enz. (116). Haar tijdschrift Or GéCo-Bulletin
verschijnt zes maal per jaar en heeft een oplage van 80.000
exemplaren.

49. Ook het Institut National de la Consommation (117) helpt
rechtstreeks de verbruiker daar het een onderzoekscentrum is
waar proeven worden doorgevoerd op aanvraag van de overheid of
van de consumentenverenigingen. Daarnaast is het een informatie-
bureau en een orgaan ter bescherming van de verbruiker (118).

(116) OrGéCo-Bulletin, 1961, nr. 1, blz. 1.

(117) Opgericht bij Décret 5 dec. 1967, J.O., 14 dec. 1967.

(118) Art. 2 der statuten. Zie ook: Circular Letter, 1970, nr. 4, 8-9.

Het instituut is een établissement public national à caractère administratif, bezit rechtspersoonlijkheid en financiële autonomie, maar reassorteert onder de administratieve voogdij van de Ministers van economische zaken en financiën (119).

Het budget van het Institut bedroeg aan staatssubsidie 3,6 miljoen FF in 1968, ging in 1969 tot 1971 over op 4 miljoen en bedroeg in 1973 6.134.751 FF (120). De directieraad telt 23 leden, waarvan de meerderheid gewone verbruikers zijn, met naast zich vertegenwoordigers van de regering, de handel en de industrie.

Sinds 1971 wordt maandelijks het tijdschrift 500.000.000 de consommateurs uitgegeven waarin ook in gering aantal warentests worden opgenomen. Daarnaast verschijnt Consommateurs-actualité elf maal per jaar, dat zes secties bevat: économique, juridique, technique, collectivité, éducation du jeune consommateur, générale. Ook worden brochures over de meest diverse onderwerpen gepubliceerd (121).

Sinds het Institut overging eind 1971 tot het publiceren van vergelijkende warenonderzoeken schijnt zij op dit gebied een monopolie na te streven, ook werden in het verleden bepaalde tests wel doorgevoerd doch niet gepubliceerd omdat zij zeer nadelig uitvielen voor de nationale productie in de onderzochte bedrijfssector (122).

50 In Luxemburg bestaat de Union Luxembourgeoise des Consommateurs - Konsumentenschutzorganisation Luxemburg . Zij werd op-

(119) Art. 1 der statuten.

(120) NEIRYNCK en HILGERS, o.c., blz. 268.

(121) De oplage van beide bedraagt ongeveer 60.000 exemplaren

(122) Ibid., blz. 266 e.v.

opgericht als vereniging zonder winstoogmerk op 14 december 1961, door zes syndicale organisaties samen met de Entente des coopératives des consommateurs. Bij de herziening der statuten op 25 november 1967 werden daarbuiten drie vrouwenverenigingen en één gezinsorganisatie genoemd, die inmiddels waren toegetreden. Zij publiceert het Duitstalige tijdschrift Konsument waarin soms Franstalige resums worden aangebracht. De organisatie telt ongeveer 10.000 leden. Het tijdschrift zelf laat geen vergelijkende warentests doorvoeren, doch neemt deze over van zusterorganisaties, o.m. van VIVEC.

51. In Italië werd de Unione Nazionale consumatori opgericht in 1955 te Rome. Zij is een overkoepelend organisme waarvan de Associazione della Stampa Romana, de Academia della vite e del vino, het Istituto nazionale della Nutrizione, de Lega nazionale cooperative e mutue, de Associazione donne di casa de Milano en de Associazione nazionale combattenti e reduci, naast kleinere organisaties, lid zijn (123). Van 1955 af geven zij informatieve brochures uit over allerlei verbruiksvraagstukken en sinds 1959 de reeks I Quaderni del Consumatore (124). Van december 1962 tot april 1965 gaven zij een Bolletina di Informazione uit op 30.000 exemplaren. Daarna heette dit La voce del consumatore, wat in hetzelfde jaar veranderde voor Il Consumatore en in 1967 voor Le Scelte del consumatore, een maandblad dat algemene verbruikersvraagstukken behandelt. De Unione werkt actief mee aan de televisierubriek Io compro, tu compri voor verbruikers. Zij is het vergelijkend warenonderzoek gunstig gezind, maar publiceert of doet er zelf geen (125).

(123) Daarover: Sommario cronologico dell' attività dell' Unione, Le Scelte del consumatore, 1968, nr. 1-2, 3 tot 34.

(124) Io compro, tu compri, Le Scelte del consumatore, 1969, blz. 22-23.

(125) QUARENTELLI M.C., Ci fosse almeno uno Stiftung Warentest, Le Scelte del Consumatore, 1970, nr. 6, 22-23.

52. Op het niveau der Europese Economische Gemeenschap bestaat het Contactcomité van Consumenten in de E.E.G., begin 1962 opgericht om advies te geven in alle zaken die de consumenten aangehen. De bedoeling bij de oprichting was vooral een "interlocuteur valable" te vinden bij de aanvragen tot advies inzake consumentenaangelegenheden, uitgaande van de andere instanties van de gemeenschap. Het Contactcomité is samengesteld uit de Europese Organisatie van Consumentenbonden, de Europese Organisatie van Verbruikscoöperaties, het Europees Secretariaat van het Wereldverbond van de arbeid, het Europees Secretariaat van het Internationaal Verbond van vrije Vakverenigingen en het Europees Secretariaat van de Internationale Unie van Gezinsorganisaties. Moeilijkheden rijzen hier vooral doordat unanimiteit moet worden bereikt voor elk advies, terwijl toch uiteenlopende belangen in de organisatie zijn vertegenwoordigd. Het Contactcomité geeft een tweemaandelijks tijdschrift uit dat De Europese Consument heet.

58. De Europese Organisatie van Consumentenbonden (126) werd op 6 maart 1962 opgericht met het doel in het Contactcomité van Consumenten in de E.E.G. te zetelen. Leden zijn de verschillende nationale warentestinstituten (127). Sinds oktober 1964 worden Euro-warentests doorgevoerd (128). Omwille van meningsverschillen

(126) Naar de afkorting van de Franstalige benaming Bureau Européen des Unions de Consommateurs, meestal BEUC genoemd. Juridisch heeft de BEUC de vorm van een internationale vereniging zonder winstoogmerk naar belgisch recht, volgens de W. 25 okt. 1919 en 6 dec. 1954. Haar zetel is gevestigd te Brussel. Voor meer details: IOCU-Bulletin, 1962, nr. 16, 3.

(127) Voor een opsomming, zie: SER-advies, bijlage II, blz. 48 en Le Scelte del Consumatore, 1968, nr. 5,9.

(128) Acetyl-sallicylzuurtabletten: Test-Aankoop, 1964, nr. 33; VIVEC, 1964, nr. 28; Handmixers: Test-Aankoop, 1965, nr. 38 en VIVEC, 1965, nr. 30; Mistlampen: VIVEC, 1965, nr. 34; Automatische camera's: VIVEC, 1965, nr. 33; Strijkijzers: Test-Aankoop, 1967, nr. 59. Daarover: DE JONGE, Euro-Test, International Consumer, 1965, nr.5-6, blz. 14.

daarover in de BEUC (129) de technische moeilijkheden en de top-zware procedure (130), werden deze Euro-tests sinds 1967 niet meer doorgevoerd.

In april 1968 werd bij de algemene directie der Mededinging van de E.E.G. een afdeling verbruikersvraagstukken opgericht die o.m. door vergelijkend warenonderzoek de verbruikers wil helpen hun economische macht op de markt te laten gelden. Verder besliste het Europees Parlement op 21 januari 1969 dat de Commissie de mogelijkheden om in samenwerking met de bestaande verbruikersverenigingen tot een eenmaking der toegepaste normen te trachten te komen, zodat uitwisseling van de resultaten van onderzoeken wordt vergemakkelijkt en verder dat de Commissie de resultaten van vergelijkende warenonderzoeken zou publiceren, indien het om producten gaat die in een groot deel der E.E.G. verkocht worden. Omdat de BEUC op deze voorgenomen werking kritiek uitoefende, werd tot heden nog niet tot werkzaamheden op dit terrein overgegaan (131).

55. Ernaast bestaat het International Office of Consumers Unions te 's Gravenhage sinds 1 april 1960, dat 27 leden telt (132). Dit ontstond ten gevolge van een te Scheveningen gehouden internationale conferentie van consumentenorganisaties over het vergelijkend warenonderzoek. Het IOCU heeft als doel het vergemakkelijken van de uitwisseling van testmethodes en het steunen van nieuwe testor-

(129) De Italianen namen nooit deel aan de besprekingen, terwijl de Engelse Consumers' Association wel was vertegenwoordigd !

(130) Uitvoerig beschreven in het SER-advies, Bijlage II, blz. 48-49.

(131) KLEIN L., Verbraucherpolitik in der Europäischen Gemeinschaft, MA, 1970, 143-145. De beslissing van het Europese Parlement vindt men in MA, 1969, 114.

(132) Opgericht als stichting naar Nederlands recht. De namen der leden staan vermeld bij VAN RIJCKEGHEM, o.c., De (on)macht van de consument, blz. 22.

ganisaties (133). Het heeft de rang van een consultatief organisme bij verschillende internationale organisaties die van de Verenigde Naties afhangen, namelijk de ECOSOC en de UNESCO, terwijl ook nauw wordt samengewerkt met de FAO. Het IOCU geeft het driemaandelijke International Consumer - Le consommateur dans le Monde uit, dat tot 1969 tweemaandelijks verscheen en tot 1967 ééntalig Engels was. Tot 1965 heette het IOCU-Bulletin. Daarnaast verschijnt acht maal per jaar het Circular Letter, uitgaande van het secretariaat van de vereniging. Het bevat het gewone dagelijkse nieuws over het wel en het wee van de vereniging. Verder worden nog een jaarboek en monografieën over speciale onderwerpen uitgegeven.

Het IOCU heeft enkele tests in samenwerking tussen verschillende nationale waretestinstituten gecoördineerd (134).

Als onderafdelingen heeft het IOCU een research committee dat tests op internationaal vlak zou doorvoeren, de samenwerking tussen de leden bevorderen en de vertegenwoordiging van het IOCU waarneemt in de technische comités van de International Standards Organisation en bij de Euro-tests (135).

Een afzonderlijk loan fund werd opgericht dat hulp beoogt te bieden aan leden op financieel gebied en een aid committee dat belangstellenden in ontwikkelingslanden bij het stichten van consumentenverenigingen onder andere met financiële bijstand tegemoetkomt. Ook bestaat een Clearing House Committee om de uitwisseling van tests onder de leden te vergemakkelijken. 16 staten zetelen hierin .

(133) Meer details: VAN VEEN, Promotion and Operation of IOCU, IOCU-Bulletin, 1962, I, 64 e.v.

(134) Test 70 herenuurwerken: Test-Aankoop, nr. 19 (oktober 1962).

(135) VAN VEEN, Secretary's report of the 5th IOCU year, International Consumer, 1965, nr.2,5 (7).

§ 3. Nadere omschrijving.

56. Er kan niet genoeg de nadruk gelegd worden op het belang van het vergelijkend warenonderzoek voor de verbruikers, ook al heeft men van diverse zijden kritiek uitgeoefend.

In nijverheids- en handelskringen is aldus soms gepleit voor een onverbiddelijke wettelijke beteugeling van uitwassen (136). Dit gebeurde vooral wanneer de tests begonnen te winnen in aanzien, rond 1962-63.

Een kritiek die het wezen van de tests zelf raakt, is dat zij een oordeel dat op een bepaald ogenblik werd uitgesproken weergeven, wat geen controle op de bestendigheid of de evolutie van de kwaliteit toelaat (137). Tests kunnen snel verouderen, indien de produktie van een bepaalde produktensoort regelmatig wijzigingen ondergaat of de markt in volle expansie is zodat regelmatig nieuwe aanbieders op de markt verschijnen. Maar hieruit het besluit trekken dat de technische evolutie wordt miskend (138) getuigt van een bedenkelijke myopie: het feit dat de tests regelmatig worden herhaald (139) of aanvullingen worden gepubliceerd (140),

(136) G. VANDEN BERGHE, o.c., Gazet van Antwerpen, 30 juli 1962. In dit artikel verschenen in de rubriek vrije tribune, dient schrijver zich aan als zijnde van het Nationaal Christelijk Mid-denstandersverbond. Meer over zulke pogingen: Pour la libre Information, UFIDEC, 1969, nr. 57.

(137) Le Droit à l'Information, blz. 77-78; BASILE, Les moyens d'information du consommateur, Symposium Imarco, 13 mei 1969, blz. 7(9).

(138) BASILE, o.c., l.c..

(139) Bijvoorbeeld: Sigaretten: VIVEC, 1962, nr. 17; 1964, nr. 28; 1967, nr. 47; 1969, nr. 54; 1970, nr. 65.

(140) Bijvoorbeeld: Elektrische frituurketels, Test-Aankoop, 1968, nr. 75, aangevuld Test-Aankoop, 1968, nr. 83, daar twee nieuwe ketels op de markt waren verschenen. Het Engelse Which? Heeft een vaste rubriek Since our last report waarin wijzigingen aan kortelings gepubliceerde tests worden aangegeven.

wordt hier volledig miskend. Bovendien bewijzen zelfs verouderde tests nog goede diensten: de consument kan er warenkennis uit opdoen, het belang der eigenschappen tegenover elkaar leren afwegen en meer oordeelkundigheid verkrijgen over veranderde of zelfs niet-onderzochte produkten (141). Het bezwaar komt uiteindelijk neer op het feit dat een verbruiker van tussentijdse verbeteringen of verslechteringen niet of te laat op de hoogte wordt gebracht.

Een bezwaar waaraan vergelijkende warentests evenmin ontgaan, is dat zij alleen objektief bepaalbare kwaliteitscomponenten kunnen onderzoeken. Hierop wordt van industriezijde graag gewezen. Maar is het werkelijk nodig dat een onderzoek aan subjektieve kwaliteiten van de aangeboden produkten aandacht besteedt? Indien men het onderzoek beperkt tot goederen van dagelijks gebruik of verbruik, wegen toch de objektief bepaalbare factoren het zwaarst. Zij bepalen het gebruiksnut van een goed. En zelfs al onderzocht men waren waarin subjektieve kwaliteitsfactoren een grote rol spelen, zoals cosmetica, betekent dan het aangeven van hun werkelijk nut, of het wijzen op de aanwezigheid of de invloed van schadelijke ingrediënten geen grote dienst aan de verbruikers, die juist voor zulke produkten voortdurend bloot staan aan onzakelijke en subjektief vertekende reclame ? (142).

Ernstiger is de opwerping dat de tests steeds beperkt blijven tot een aantal wareneigenschappen en dat het moeilijk is van daaruit tot een globale kwaliteitsbeoordeling te komen (143). De objectiviteit lijdt hier zeker onder, terwijl deze tekortkoming

(141) VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 107.

(142) Zie de test ontgeuringsmiddelen (deodorants) in Zo koopt U het best, 1969, nr. 1, waar op de aanwezigheid van huidirriterende en huid aantastende ingrediënten gewezen wordt.

(143) MEYER G., Warentests von allen Seiten betrachtet, MA, 1963, 3(7).

slechts gedeeltelijk kan worden opgelost door navraag te doen bij de consumenten naar hun verwachtingen (144). Natuurlijk blijft er steeds een moeilijk probleem in zoverre een primair kwaliteitskenmerk door het niet controleren van een secundaire eigenschap verkeerd kan worden beoordeeld of tekort gedaan tegenover andere kenmerken. Maar de op alle gebieden volledige warentest kan slechts zelden worden doorgevoerd, en het risico van vervalsing van de uiteindelijke resultaten moet met gezond verstand worden beoordeeld, onder inachtnaam van alle factoren die een fout zouden kunnen compenseren of haar invloed verminderen. Meestal kan men zelfs het risico niet uitschakelen dat een factor vergeten wordt of dat zijn belang in het geheel verkeerd wordt beoordeeld: het exact plaatsen van elke factor volgens zijn belang voor het geheel van de kwaliteitsbeoordeling van een produkt is inderdaad een zware opgave, waarin ook de industrie en de handel bij hun kwaliteitsbeoordeling slechts gedeeltelijk slagen. Trouwens, rigoreus gaan beweren dat "qui se trompe sur le chemin, trahit la fin", zou meteen het einde betekenen van elke warentest.

Een nadeel is ook dat alleen merkartikelen of artikelen die duidelijk in hun individualiteit kunnen worden aangeduid, voor vergelijkend warenonderzoek in aanmerking komen (145). Het belang van

(144) KLATT S., Die Objektivität und wirtschaftliche Bedeutung eines Gütertests, ZfbF, 1964, 485 (493). Zie aldus het rapport in Test-Aankoop, 1970, nr. 102, 324.

(145) KLUY, Zielsetzung, Probleme und Grenzen des Warentests, MA, 1965, 137 (140), die daarnaast nog andere goederen aanziet als niet testbaar, hoewel er geen materiële onmogelijkheid bestaat: goederen waarvan de beoordeling naar waarde door de verbruiker zonder hulp kan gebeuren; goederen van lage prijs, waarvan het kooprisico naargelang de betere of minder goede bewaring in het praktische gebruik aan de verbruiker kan toegerekend worden; waren die door hun aard of door hun in de tijd beperkte aanwezigheid op de markt geen dringende nood aan voorlichting rechtvaardigen; produkten voor wiens kwaliteitsgarandering voldoende wettelijke bepalingen en controle bestaan.

deze opwerping mag niet overdreven worden: goederen die "en vrac" of los gekocht worden zonder individuele gemerkte verpakking verminderen in het huishoudelijk budget voortdurend aan betekenis. Wie koopt er nog de grondstoffen bij een drogist om zelf een ontvlekker samen te stellen?

Is het nog mogelijk benzine zonder merk te kopen? In tests wordt trouwens soms juist aanbevolen in plaats van merkartikelen zich zelf een bepaald produkt samen te stellen (146).

Een ander nadeel is, dat om een volledig overzicht te bereiken, de proeven zeer duur zijn (147) en veel tijd vergen. Warentests eisen soms ook veel technisch inzicht van de lezer, alhoewel de meeste testtijdschriften tamelijk goed de gegevens weten te verwerken in een leesbaar artikel. Daarbij bestaat echter het gevaar dat men in het tegenovergestelde zou vervallen en dat de werkelijke inhoud zou gaan lijden onder de joernalistieke opmaak.

Veel heeft men geschreven over het feit dat sommige tests mekaar tegenspreken (148). Dit betekent echter nog niet ipso facto dat de verbruiker verward wordt en de marktdoorzichtigheid zou gaan verminderen. De verbruiker wordt pas verward zo gelijke eigenschappen verschillend beoordeeld worden, zonder dat kan worden uitgemaakt waaraan dit te wijten is (149). De oppervlakkige lezer kan natuurlijk ook verward worden zo de eindbeoordeling over eenzelfde produkt verschilt en hij zich niet de moeite geeft om de oorzaak

(146) Test-Aankoop, 1968, nr. 88, 251 (254): test hulpdozen bij ongevallen.

(147) BRENNECKE, o.c., blz. 76 voetnoot 2, vermeldt dat de Engelse Consumers' Association een test op 400 tot 1000 pond sterling rekent; de AGV rekende op 15.000 DM, terwijl DM per test 5.000 tot 7.000 DM uitgaf in 1964.

(148) HUNDHAUSEN, Markttransparenz. Wirtschaftswerbung und Verbraucher-Warentests, ZfhF, 1962, 271 e.v.; VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 239; KLATT, p.c., ZfhF, 1964, 485 (486); MEYER, o.c., MA, 1963, 3 (7); LG Köln, 15 mei 1963, BB, 1963, 832.

(149) Bijvoorbeeld omdat verschillende meetmethodes werden gebruikt of bepaalde toleranties bestaan.

van dit verschil na te gaan. Een bepaalde graad van onzekerheid ligt echter steeds in het resultaat van de tests en kan de verbruiker een zekere mate van gezonde skepsis meegeven. Men mag echter de verbruiker niet kunstmatig doen geloven dat wat in een bepaald testtijdschrift verschijnt onfeilbaar is (150). Indien uit een vergelijking tussen twee testpublicaties over dezelfde produkten kan worden uitgemaakt dat verschillen in de optiek en de waardering der eigenschappen en der produkten te wijten zijn aan verschillen in de doorvoering van het onderzoek, dan wordt de aandachtige lezer geenszins misleid. Uit de eigen aard van het vergelijkend warenonderzoek volgt dat het een voorlichtingsmiddel is voor een mondige consument, t.t.z. voor een consument die zich wel bewust is van het probleem van de positie waarin hij zich bevindt en die er wil aan verhelpen.

Een ander nadeel zou zijn dat de beradende funktie van de handel zou verminderen, de vakhandel een deel van zijn aantrekkelijkheid zou verliezen en de risico's groter zouden worden, doordat de slecht beoordeelde waren niet omgeruild worden en dus onverkoopbaar blijken (151). De beradende funktie van de handel is echter door de evolutie van de distributie naar supermarkten, hypermarkten, zelfbediening, verkoop per briefwisseling reeds uitgehold. De tweede opwerping lijkt ons inherent te zijn aan het wezen van de handelsverrichtingen, waar geen zekerheid op

(150) Vgl. VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 239.

(151) MEYER, o.c., MA, 1963, "(5). Zo rapporteert SCHOLTEN, o.c., Warentest. Aus der Sicht von Handel und Industrie, blz. 17, dat grote distributiebedrijven in Duitsland poogden, via een speciale warentestclausule in de aankoopcontracten, hun leveranciers in het geval van een negatief testoordeel tot een gerechtelijk optreden tegen het tijdschrift DM te dwingen.

lange termijn kan bestaan, vermits schadetoebrenging, als zij maar door faire middelen gebeurt, toegelaten is. Trouwens kan omgekeerd een vergelijkend warenonderzoek het de handelaar en zelfs de producent mogelijk maken zijn assortiment of zijn produktie beter op de vraag af te stemmen (152).

Een minder vaak gehoorde opwerping is dat de inspanningen niet lonend zijn, daar de verbruikersverenigingen slechts een kleine minderheid bereiken. De werkzaamheden vinden vooral bij verbruikers met geringere koopkracht geen weerklank. Dit probleem is niet terug te voeren tot dat der verstaanbaarheid van de testverslagen of tot moeilijkheden om de gegevens in verstaanbare taal om te zetten (153). Het is een dieper probleem van belangstelling binnen de verschillende inkomensklassen. Daarbij valt het vooral op dat het personen zijn met een hoger inkomens- en ontwikkelingsniveau die lezer blijken te zijn (154). Daardoor schieten de tests gedeeltelijk hun doel voorbij: de personen voor wie het economisch handelen het meest stringent is, worden niet bereikt. Ook zou het verkeerd zijn te menen dat de reden van het geringe succes bij de lagere inkomensklassen alleen gelegen is in het feit dat voor het lidmaatschap moet betaald worden. De raad-

(152) DITGEN, o.c., blz. 79; THOMAS E., Handel und Warentest, Warentest. Aus der Sicht von Handel und Industrie, blz. 51.

(153) MEHLEN, o.c., blz. 219 schijnt dit aan te nemen.

(154) GUTH E., o.c., blz. 41. Uit een onderzoek der Verbruikersunie blijkt dat het doorsneelid buiten het stadscentrum woont en eigenaar is van de éénsgezinswoning waarin hij woont. Hij is kaderbediende en heeft een jaarinkomen van 309.500 Fr. Test-Aankoop, 1970, nr. 102; blz. 324-328. Het feit dat hoger en gemiddeld kaderpersoneel het gros der leden der Nederlandse Consumentenbond uitmaakte, was ook de oorzaak dat deze uit het Consumenten-Contact-Orgaan trad: zie: SER Informatie- en Documentatiebulletin, 1970, nr. 40, blz. 7-8.

gevingsbureaus laten ook voor hun prestaties betalen (155) en de "vragenbussen" in vrouwentijdschriften hebben eveneens een aanzienlijk succes (156).

47. Begrenzungen die geen onvolkomenheden zijn volgen uit de vereisten die aan het vergelijkend warenonderzoek worden gesteld.

Slechts produkten van constante kwaliteit komen in aanmerking. Dit hangt nauw samen met de eis dat slechts gemakkelijk herkenbare artikelen zouden worden getest. Nochtans mag men ook deze eis niet overspannen en kan men soms bepaalde constant blijvende factoren, zoals zuiverheidseisen of de afwezigheid van toevoegsels en schadelijke stoffen in eetwaren nog testen (157). Ook artikelen die slechts korte tijd in gelijke uitvoering en kwaliteit in de handel verkrijgbaar zijn, onttrekken zich aan het onderzoek. De tijd, nodig voor het onderzoek, zou dan de looptijd van het produkt op de markt veelal overtreffen (158). Deze zijn echter niet zo talrijk. Merkartikelen blijven meestal voldoende lange tijd op een constant kwaliteitsniveau op de markt, al kan het risico dat een ten tijde van de publicatie verouderde uitvoering in de test wordt opgenomen, niet worden uitgesloten. En ook dit laatste euvel vermindert in belangrijkheid wanneer de uitvoering desondanks nog in de handel verkrijgbaar is.

(155) VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 247.

(156) De klanten der verbruikersvoorlichtingsinstanties stammen ook uit de bovenste middenstandslaag: 46,8% waren bedienden, 17,8% in overheidsdienst; 8,1% waren renteniers en slechts 7,9% arbeiders. Zie: Drei-Jahresbericht der Zentralstelle für rationelles Haushalten, maart 1961, blz.45 en voor Engeland: VON BARSEWICH, Konsumgütertests - vom Verbraucher bezahlt, Der Volkswirt, 1959, 2387. Beide geciteerd bij VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 91.

(157) Zie aldus het onderzoek in VIVEC, 1970, nr. 61 over Beaujolaiswijnen.

(158) SER-advies, blz.8.

De aanwezigheid van verschillende types en uitvoeringen van eenzelfde produkt op de markt, afkomstig van dezelfde producent, bewerkt dat een totaal overzicht vaak uitgesloten is, doordat de test diende te worden beperkt om financiële en tijdsredenen. Daardoor is de informatie onvolledig en kan aan een merk afbreuk worden gedaan, omdat het artikel ermee gemerkt niet binnen de beperkte criteria viel (159). Doch het publiceren van overzichten en tests van systemen (klopper-, hand- of sledestofzuigers naast elkaar) ondervangt dit gedeeltelijk.

Onvolledige informatie kan ook volgen uit de omstandigheid dat niet alle merken, modellen en uitvoeringen van het gekozen type worden onderzocht, omdat tijd en kosten te zeer zouden oplopen. Merken met kleinere omzet of van slechts lokale betekenis zullen vaak worden uitgesloten. Dit is een ernstig nadeel, vermits zij uitstekend kunnen zijn en hen juist omwille van hun geringe bekendheid de publicatie en het onderzoek wordt geweigerd (160). Zij worden aldus uitgesloten van de afzetbevorderende werking van de tests. Een oplossing van dit probleem is moeilijk en delikaat en zal samen met de strikt juridische implicaties worden onderzocht.

Door het ontbreken van algemeen erkende kwaliteitsmaatstaven en onderzoeksnormen kan het moeilijk zijn een objektieve kwaliteitscontrole door te voeren. Soms bestaan er wel methodes, doch in elk ervan omstreden. In het eerste geval moet het testinstituut zelf een norm opstellen, in het tweede geval een keuze doen, wat de taak zeer kan verzwaren, vooral zo het testorganisme een

(159) SER-advies, blz.8.

(160) Vgl. HUBER Hugo-Eugen, o.c., blz. 46-47 die daarnaast ook de onvrijwillige beperking vermeldt door onbekendheid van het feit dat de vergeten uitvoering op de markt aanwezig is.

eigen onderzoekslaboratorium heeft (161). Vaak zal dit werk de mogelijkheden van de vereniging overstijgen zodat ofwel onjuiste of onbetrouwbare tests worden gepubliceerd, ofwel een verdere beperking van de aktiviteit zich opdringt. Indien er normen bestaan zijn deze soms bovendien niet bruikbaar omdat zij technische controleproeven betreffen die voor de consument geen belangrijke informatie kunnen opleveren (162), en moet weerom een eigen norm worden opgesteld. Verschillen in waardering door onderscheiden testinstituten bekomen, kunnen hieruit volgen (163).

Het onderzoek naar de gebruikswaarde en de duurzaamheid kan worden bemoeilijkt doordat het testproces een gesimuleerd gebruik in het laboratorium moet stellen in plaats van een oorspronkelijk gebruik (verouderingsproeven, sigaretten roken door een machine, enz.).

(161) Door testinstituut wordt verder verstaan de instantie die de technische proeven doorvoert. Door testorganisme de instantie die voor de publikatie en de verspreiding zorgt. Vaak vallen deze samen doordat een verbruikersvereniging of andere rechtspersoon een eigen testinstituut heeft. Zie daarover: LG Frankfurt, 3 april 1963, BB, 1963, 833; voor de betekenis van het woord "laboratoire": Kooph: Brussel, 25 jan. 1926, J.C.B., 1926, 161.

(162) MITCHELL, Choosing and handling a laboratory, IOCU-Bulletin, 1962, nr. 15, blz. 11 (13-14); CROWTHER, Choosing and using a laboratory, International Consumer, 1965, nr. 5-6, blz. 2(5). In Zwitserland werd een gentlemen's agreement gesloten over raadpleging der Industrie, waarbij deze zich ertoe verplicht normen over onderzoekscriteria uit te werken en ter beschikking te stellen voor vergelijkend warenonderzoek, terwijl anderzijds de testinstituten deze normen zullen gebruiken, zo enigszins de mogelijkheid bestaat. Zie HUBER, Hugo-Eugen, o.c., blz. 50, voetnoot 36. In sommige landen stelt het nationale Instituut voor normalisatie normen ter beschikking.

(163) Vgl. MEHLEM, o.c., 218.

Men mag aannemen dat de meetresultaten, bij voldoende aantal onderzochte exemplaren, rond de exacte waarde moet schommelen, zodat "buitenbeentjes" worden gecompenseerd. Een studie van de gewoonten van de consumenten zou echter nodig zijn om de accuratesse van het gestimuleerd gebruik tegenover het oorspronkelijk gebruik te beoordelen (164). Maar eigenlijk is dit nadeel inherent aan elk laboratoriumonderzoek en kan er door proefpersonen in te schakelen ook niet volledig aan verholpen worden, daar de belevenis door haar uitgesproken worden of moeten worden, reeds de kiem tot vervorming in zich draagt, of erger nog, zelf kan worden aangetast.

De veralgemeenbaarheid van de resultaten eist ook dat voldoende monsters zouden worden getest. Wegens de hoge kosten kan ook hieraan afbreuk worden gedaan. Nochtans is het moeilijk hiervoor vaste regels te stellen. Zeker is dat meerdere, maar minstens twee exemplaren moeten worden onderzocht en dat men de keuze moet maken uit de totaliteit der voorradige exemplaren en niet alle exemplaren bij de producent of in één enkel verkoopscentrum mag aankopen (165). Ook moet hierbij rekening gehouden worden met de garantie die de producent of de handelaar bieden, zodat slecht werkende exemplaren eventueel zullen vervangen worden (166).

(164) KLATT, o.c., ZfbF, 1964, (485(494)); MEHLEN, o.c., blz. 218. Sommige meetmethodes werden aldus onderzocht en de publicaties daarover zouden moeten, in de mate van het mogelijke, de resultaten van het testproces beïnvloeden, bv. door het aangeven van toleranties. Zie bv. VIVEC, 1969, nr. 54, blz. 8 (14) over sigaretten. De uitzending der televisie "Magazine des consommateurs" aan deze test gewijd, preciseerde mogelijke afwijkingen op 10%.

(165) GEIGER S. en HEYN W., Zur Zuverlässigkeit vergleichender Warrentests, MA, 1963, 487 (489).

(166) Zie een test van de prestatieduur van gloeilampen in SCHAAFSMA en WILLEMZE, Moderne Qualitätskontrolle, blz. 95.

48. De vergelijkende warentests hebben echter belangrijke voordelen. Vergelijkende warentests gev. en een overzicht van het op de markt beschikbare assortiment, waarvan zij de essentiële kenmerken tegenover elkaar stellen. Zij doen zwakke punten kennen van de onderzochte produkten en raden soms de aankoop van een produkt af. Daartegenover staat dat zij de verbruiker toelaten een rationele aankoop te doen en zijn kennis over het aan te kopen produkt verbeteren. Zij zijn een echt hulpmiddel ter verbetering van het marktoverzicht in het raam van het warenassortiment en de technische fase waarin wij ons op het ogenblik bevinden (167). Hiermee beantwoorden zij aan de eis dat de consument preciese gegevens zou worden verstrekt over de onderzochte kenmerken, waarbij meestal ook enige uitleg komt over de gebruikte methodes, wat andere specifieke voorlichtingsmiddelen in veel mindere mate vermogen te doen. Ook de eindbeoordeling door de test gegeven kan aldus enigszins worden beoordeeld; de kwotering heeft, in tegenstelling tot bijv. de "sterren" uit de Guide Michelin, niets van een beslissing van een autoriteit die moeilijk kan worden gecontroleerd. De aanvullende objektieve ondersteuning (168) van het kritisch oordeel van de consument laat deze toe zich vooraf een weloverwogen oordeel te vormen over de verschillende eigenschappen van het merkartikel dat werd onderzocht. Hij kan zijn keuze bepalen in de rust van de huiskamer, buiten het immer enigszins gedwongen verkoopsklimaat dat bij elke aankoop aanwezig is. Hij kan een discussie aangaan en is beter gewapend wanneer hij koopt én tegen de handigheid en de training van de verkoper én tegen de eigen

(167) Vgl. BOCK C., in ULMER et alii, o.c., blz. 25 (26). Op speciale technische voordelen wordt gewezen. Zie bv. Test-Aankoop, 1970, nr. 96, blz. 159: "Toch nog een vaststelling: de spiraalvorm (van de klopper voor een handmixer),..., wint meer en meer veld. Het voordeel hiervan is dat ze de bereiding verhindert, te veel te stijgen of over te lopen."

(168) SER-advies, blz. 6.

onbedachtzaamheid, die hem er zou kunnen toe leiden meer geld uit te geven voor een bepaald produkt dan hij eigenlijk wenste. Daar de waretest normaal de verkoopprijzen aangeeft, kan de consument rustig het artikel kiezen dat het meest aan zijn behoeften beantwoordt, gelet op de hem ter beschikking staande geldmiddelen of zelfs de aankoop uitstellen, zonder dat hij in de vervellende positie geraakt van de man die tegenover de verkoper verschijnt als diegene die wel best het produkt zou willen maar het voorlopig nog niet aankan.

Een tweede voordeel is dat men de juistheid van de vermeldingen die worden aangegeven en de kwaliteiten waarop de producent voor zijn produkt aanspraak maakt, kan nagaan. De waretest kan de eis van waarheidsgetrouwe reclame, de overeenstemming met de bestaande reglementering en met de gehomologeerde normen controleren (169). Hier hoort ook het testen van het image van een merk op zijn betrouwbaarheid (170), het aangeven van verschillen tussen de producten van producenten die eenzelfde kwaliteitsmerk dragen of van de zinloosheid of de betekenis van een gegeven waarborg (171). Soms wordt op echte mistoestanden gewezen (172).

Mogelijk kan het vergelijkend warenonderzoek ook de kwaliteitsconcurrentie bevorderen. Producenten kunnen worden aangezet hun pro-

(169) MEYNAUD, Acheter Mieux, blz. 14. Contra wat betreft de controle over de navolging van normen: BROOK C., geciteerd in Zur Zulässigkeit vergleichender Warentests, MA, 1962, 626 (627).

(170) GIRAUD, o.c., blz. 332; BALLON, Is het merkenrecht een nuttig instrument van verbruikersvoorlichting, TPR, 1971, 351 (364).

(171) De voorbeelden hiervan zijn legio: zie voor "vette" of "magere" yoghurt: Test-Aankoop, 1970, nr. 96, blz. 143 (147).

(172) Test voor 10 merken butaangas, Test-Aankoop, 1969, nr. 89, blz. 274 e.v.; Zie daarover ook VIVEC, 1967, nr. 46 en 1969, nr. 57, 58 en 60.

dukt te verbeteren, zodat betere produkten op de markt komen. Soms kan bij een produkt op bestaande gevaren worden gewezen voor de verbruiker of kan door het signaleren van gevaarlijke of misleidende produkten, het ontbreken van of de ontoereikendheid van wettelijke maatregelen worden aangetoond (173).

Door het regelmatig lezen van vergelijkende warenonderzoeken leert de consument meer over de produkten die hij bezit of koopt. Hij leert de wezenlijke eisen kennen die hij aan het produkt moet stellen, verneemt vaak nuttige aanwijzingen over het gebruik of over bijkomende mogelijkheden. Dit bevordert niet alleen ten aanzien van de gekochte produkten of van de onderzochte produkten, maar op alle gebieden een rationeel koopgedrag, doordat de consument bij de keuze van een produkt meer acht zal gaan slaan op de medegedeelde gegevens, deze kritisch zal gaan bekijken en de produkten op basis hiervan zal gaan beoordelen en onderling vergelijken. Vooral de relatie gebruikseigenschappen tegenover de prijs zal zijn grotere aandacht krijgen (174).

49. Ook de producent kan daaruit voordeel halen.

Hij verkrijgt een beter inzicht van zijn concurrentiële positie en hij krijgt de mogelijkheid deze positie te verbeteren. De producenten die een hoge kwotering voor hun produkten bekomen kunnen een tijdelijke omzetsstijging boeken en een waardevermeerdering van hun goodwill, op basis van gegevens uit de neutrale bron waaruit blijkt dat hun produkt superieur is. De producent wiens aanbod minder goed wordt beoordeeld, heeft aan de test een stevig vertrekpunt om zijn produktie te verbeteren. De warentest kan m.a.w. een belangrijke factor in het geheel van het marktonderzoek

(173) SER-advies, blz. 7. Zie voor een sterk voorbeeld van miskenning van een reglement van een beroepsvereniging, VIVEC, 1969, nr. 56, blz. 12-13 en VIVEC, 1971, nr. 80, blz. 7.

(174) SER-advies, blz. 7.

van de producent zijn. Hij heeft het voordeel zeer goedkoop te zijn, uit neutrale bron te stammen en afgestemd te zijn op de verwachtingen der verbruikers. Bovendien valt daaruit tamelijk gemakkelijk een doorsneekwaliteitsniveau af te leiden (175). Verantwoord vergelijkend warenonderzoek kan slechts zonder grote moeilijkheden gebeuren waar aanvaarde meetmethodes voor het betrokken produkt werden ontwikkeld. De ontwikkeling van algemeen aanvaardbare, genormaliseerde meet- en onderzoeksmethodes wordt door het vergelijkend warenonderzoek gestimuleerd (176). Voorwaarde is echter dat de door de staat erkende instituten voor normalisatie meer aandacht gaan besteden aan de werkzaamheden der verbruikersverenigingen. Dit is dan ook indirect nuttig voor de producenten, die tot heden haast de enigen zijn die rechtstreeks genieten van de voordelen der normalisatie. De uitwerking van nieuwe normen kan op haar beurt ertoe leiden dat onvolkomenheden in de bestaande produktie worden ontdekt en verbeteringen worden aangewezen.

50. Ook de handel kan daaruit voordeel halen.

Hier ontstaat een objektieve basis voor verkoopsadvies, een probleem dat zich haast even scherp stelt voor de verkoper als de aankoop problematisch is voor de verbruiker. Dit wegens de omvangrijkheid van het assortiment, de veelheid aan merken en uitvoeringen en de produktdifferentiatie. Bovendien kan de handelaar wegens tijds- en personeelsgebrek in de onmogelijkheid vertoeven om elk produkt voldoende te bestuderen en te beoordelen. In elk geval vormt de vergelijkende warentest naast de ervaring en de voorlichting door de producenten geboden, een waardevol hulpmiddel, niet in het

(175) Nawijsbare verbetering der verschillende produkten opgenomen in een test, ten gevolge van deze is echter zeldzaam voor een voorbeeld, zie: Schnelle Reaktion auf den Kinderwagentest, Der Test, 1972, 549-550.

(176) SER-advies, blz. 7. Samenwerking is er in Nederland tussen het Consumenten Contact Orgaan en het Nederlands Normalisatie Instituut, in Duitsland tussen de Stiftung Warentest en de Deutsche Normenausschuss.

minst omdat de handelaar er vergelijkende gegevens aan onttrekt, die hij elders wegens het verbod van vergelijkende reclame niet zal vinden, doch welke gegevens hij wel mag aanwenden zo de klant hem om opheldering vraagt (177). Tenslotte ook kan hij het marktrisico verminderen en zichzelf kosten besparen door zijn assortiment af te stemmen op de gegevens van het onderzoek (178). Afsluitend kan men de zwakheden van het vergelijkend warenonderzoek terugvoeren op drie oorzaken, namelijk dat algemeenbindende kwaliteitsnormen, uitgewerkt om het specifieke verbruiksnut na te gaan, geld en tijd en de medewerking van het overgrote deel der verbruikers ontbreken (179).

51. De voorafgaande beschrijving van het vergelijkend warenonderzoek en de verdere beschrijving, die de juridische problematiek onderzoekt door het vergelijkend warenonderzoek gesteld, zijn te vergelijken met de beschrijving, in de theoretische economie, van de concurrentie naar het model der volkomen mededinging. Van geval tot geval, van stadium tot stadium der beschrijving, worden beperkingen aan de tests aangebracht, die op hun mededelende kracht en hun waarde voor de verbruikers slechts in een tegenoverstellen tegen het model van de werkelijk ideale warentest kunnen beoordeeld worden (180). De warentest, die aan alle mogelijke vereisten zou voldoen, doorvoeren is een utopie: dit stelt echter meteen de mogelijkheid van vergelijkende warentests om de verbruikers de nodige

(177) BOCK, in: ULMER et alii, o.c., blz. 25 (26); SER-advies, blz. 8. Voor een sterk voorbeeld: Test, 1971, 591: waar het Versandhaus Neckermann zich ertoe bereid verklaart toestellen uit de verkoop terug te trekken waarvan in een onderzoek van neutrale onderzoeksinstituten zware veiligheidsstekorten worden vastgesteld. Vgl. Test, 1972, 43.

(178) Zie boven

(179) MEHLEM, o.c., blz. 220.

(180) KLATT, o.c., ZfbF, 1964, 485 (501).

informatie te bezorgen, in vraag (181). Het gevaar dat de verbruiker verkeerde conclusies trekt uit het onderzoek of misleid wordt, kan nooit volledig worden uitgeschakeld. Maar deze vrees en bezorgdheid is universeel en bestaat tegenover elk mensenwerk (182). Al deze opwerpingen laten niet toe het vergelijkend warenonderzoek af te wijzen als de meest nuttige der thans bekende vormen van verbruikersvoorlichting (183).

52. In de praktijk ziet het verloop van een vergelijkend warenonderzoek er ongeveer uit als volgt:

Eerst wordt onderzocht welk produkt zal worden getest. Vaak gebeurt dit wegens de aanvragen van consumenten om inlichtingen over een bepaald produkt. Verbruikersverenigingen doen soms zelf enquetes bij hun leden om na te gaan welke produkten dezen wensen te zien testen (184). Allerhande dokumentatiemateriaal wordt verzameld, tijdschriften van beroepsverenigingen worden nageslagen of er worden advertenties geplaatst om de producenten uit te nodigen zich kenbaar te maken. Soms kunnen inlichtingen bekomen worden van de overheid.

Eens men aldus enig inzicht heeft verkregen in het beschikbare assortiment, wordt nagegaan welke waren en hoeveel exemplaren men zal testen en men bepaalt eventuele criteria waarop bepaalde

(181) BRENNECKE, o.c., blz. 192.

(182) LG Köln, 15 mei 1963, BB, 1963, 332 en VPK, Sondernummer, 28 juni 1963, 15.

(183) Over de voor- en nadelen der individuele merken en der collectieve merken, zie: BALLON, o.c., TPR, 1971, 351 (379).

(184) Zie bv. DM, 1963, nr. 17, blz. 60, waaruit bleek dat wasmidden, tapijten, kameras, fotofilms, autobanden en schoenen bijzonder veel gevraagd werden. In de U.S.A. is dit zelfs gebruikelijk: DITGEN, o.c., blz. 121 met voorbeelden in voetnoot 2 en HESBERG, o.c., Untersuchungen des Instituts für Wirtschaftspolitik en der Universität zu Köln, 22.

produkten zullen worden uitgeschakeld: te klein marktaandeel, louter plaatselijke bekendheid, enz.

Een eerste algemeen plan van het onderzoek wordt opgesteld, een laboratorium wordt uitgekozen (185) en er wordt een raming gemaakt van de onkosten.

Dan worden de te testen produkten anoniem aangekocht in de handel, meestal op verschillende plaatsen. Een eerste onderzoek vindt dan plaats: beschrijving van uiterlijke kenmerken, meten der afmetingen of van de inhoud, controle van de etikettering en van de verpakking.

Het laboratorium heeft intussen de proeven uitgewerkt en daarvan een kohier gemaakt, mede aan de hand van het algemeen plan van het onderzoek. Beide dienen als basis voor de raming der kosten van het onderzoek, welke thans definitief plaats kan vinden.

De eigenlijke test omvat het materiaal, de gebruikswaarde, waarbij vooral de prestatiecapaciteit, de levensduur en de zekerheid of veiligheid een grote rol spelen, alsook eventueel de prijswaardigheid.

Tenslotte kan een onderzoek naar de praktische aspecten worden doorgevoerd. Daarbij wordt vooral gelet op het gemak van gebruik, de logische constructie, gemakkelijke reiniging, onderhoud en gebruikskosten (186).

(185) Hebben of hadden een eigen onderzoekslaboratorium: de Consumers' Union; Consumer's Association; Forbruker-Rådet (Noorwegen); Statens Institut för Konsumentfrågor (Zweden); Statens Husholdningsråd (Denemarken); DM-Deutsche Mark; Verbruikersunie.

(186) Volgens DITGEN, o.c., blz. 183, is dit geen typisch onderzoek voor een vergelijkend warenonderzoek omdat ze slechts indirect voor het nut bepalend zijn. Slechts wanneer een duidelijke relatie tussen materiaal en gebruiksdeugdelijkheid kan worden aangetoond of, wanneer zoals bij voedingswaren, geen andere mogelijkheden om de kwaliteit aan te duiden bestaan, is zij zinvol.

In eerder zeldzame gevallen worden subjektieve eigenschappen onderzocht, voortgaand op het waardeoordeel van deskundigen of proefpersonen. Zo kan men de esthetische vormgeving van een produkt beoordelen, het beantwoorden aan de smaak van de doorsnee-burger of het prestige verbonden aan het bezit van het produkt. Moeilijker is het organoleptische gegevens te verkrijgen die betrouwbaar zijn. De organoleptiek staat trouwens nog in haar kinderschoenen en de gegevens erdoor verkregen kunnen in de meeste gevallen slechts bijkomstige waarde hebben.

Dan volgt de waardering der onderzochte produkten op basis van de waardering der eigenschappen (187). Deze eigenschappen zelf moeten volgens hun belangrijkheid een waardering krijgen, waarbij in acht moet genomen worden dat het belang van sommige eigenschappen groter dan dat van andere is. Op basis van deze gegevens moet de globale waardering worden gegeven. Dat de waardering der eigenschappen realistisch moet gebeuren wordt mede vereist door het feit dat zij bepalend zijn voor de eindbeoordeling. Kent men één ervan te veel punten in het totaal toe tegenover andere dan verschuift ook de globale waardering en wordt zij scheefgetrokken. Nochtans is er hier een ruime appreciatie voor de verbruikersorganisatie. Tegen een afsluitende beoordeling is vaak geprotesteerd, maar toch ontleent de test daaraan een groot deel van zijn nut (188). Hier komt de vergelijkende beoordeling van de ge-

(187) KLUY, geciteerd bij DITGEN, o.c., blz. 194. Deze auteur geeft dan blz. 205 tot 232 een uitvoerige beschrijving.

(188) LG Düsseldorf, 29 mei 1962, BB, 1962, 935. Contra kan men zeggen dat de criteria waarvolgens de eigenschappen hun belang toegemeten krijgen in de totale waardebeoordeling subjektief zijn en haast even belangrijk als de uiteindelijke beoordeling zelf zijn. Meestal worden ze niet aangegeven. Omdat zulke eindbeoordelingen niet "wetenschappelijk" zijn, worden ze in Zwitserland en Duitsland niet of niet meer gebruikt: HUBER, Hugo-Eugen, o.c., blz. 44 onder verwijzing naar VR, 1962, nr. 6, blz. 4. In België is VIVCO tegen deze praktijk gekant.

teste produkten duidelijk naar voor en wordt een opinievorming der lezers vergemakkelijkt: zonder deze zou het hen vaak nog mogelijk zijn op basis van minder relevante eigenschappen en onder voorbijgaan van werkelijk belangrijke eigenschappen, een verkeerde indruk op te doen nopens bepaalde produkten.

De laatste stap is de publikatie der testresultaten. Dit veronderstelt het omzetten van de onderzoeksgegevens in een gemakkelijk begrijpelijke taal, het verstrekken van bijkomende informatie en het commentariëren van het geheel van het onderzoek. Hierbij hangt veel af van de publicistische vaardigheid van de redakteurs.

De meeste tijdschriften lossen dit aldus op: eerst wordt in het algemeen op het waarom van de test gewezen, wordt eventueel het laboratorium aangegeven dat de onderzoeken deed, de wijze en de omvang van de staalneming en de namen der merken van de onderzochte produkten. Dan volgt de algemene testkommentaar en een afzonderlijke bespreking van elk der onderzochte waren. Vaak wordt ook commentaar gegeven per eigenschap die werd onderzocht. Ook de onderzoeksmethode komt hierbij ter sprake of wordt apart uiteengezet. Afsluitend worden de resultaten gerangschikt in tabellen en wordt een eindbeoordeling gegeven. Deze is meestal zo opgevat: zeer goed of zeer aanbevolen, goed of aanbevolen, matig, redelijk of voldoende, slecht of af te raden. In een kort bericht duidt men dan nog de beste koop aan, waarbij de prijs de doorslaggevende factor is om te beslissen tussen de aanbevolen merkartikelen.

53. Een voorbeeld: de test van 16 Hi-Fi platenspelers (189):

De test begint met een uiteenzetting van de taak van de Hi-Fi platenspeler en voert dadelijk twee beperkingen in: niet onderzocht worden de tooncellen (190) en de electrofoons (platenspelers

(189) Test-Aankoop, 1970, nr. 96, blz. 135-143.

(190) Onderzocht in Test-Aankoop, 1970, nr. 98, blz. 209-213.

met ingebouwde versterker en luidspreker) (191). De technische opbouw van het toestel wordt beschreven en de perfectionnerende elementen aangeduid. De test valt dan uiteen in twee delen, omdat de kwaliteit wordt beoordeeld vanuit in twee grote gezichtspunten: de electromechanische eigenschappen: de motor en het overbrengingsmechanisme, en de zuiver mechanische eigenschappen: de toonarm. De test bespreekt de eigenschappen en vermeldt daarbij telkens de merken die speciale kommentaar behoeven voor de besproken eigenschap.

Bij de motor en het loopwerk preciseert men dat alleen bij de gebruikelijke draaisnelheden van $33\frac{1}{2}$ en 45 toeren per minuut werd getest. Dan onderzoekt men de snelheidsregeling: uitrusting, stroboskoop, beïnvloeding door variaties in de netspanning, beïnvloeding door variaties in de snelheid, invloed van de naalddruk. Ook de invloed van trillingen wordt onderzocht.

De toonarm wordt uitvoeriger besproken. Na zijn functie wordt de fouthoek en het evenwicht tussen de tooncel en de arm onderzocht. Ook de dwarsdrukcompensatie, de mogelijkheid dat de naald uit de groef van de fonoplaat schuift, de wrijving en de trillingen van de arm en zijn ophanging worden nagegaan.

Daarna volgen gebruikspoeven: evenwichtsinstelling van de arm, naalddrukinstelling, anti-skatingbediening, startinrichting, liftmechanisme, snelheidsfijnregeling en afslaan aan het einde van de fonoplaat. Hieruit wordt een afzonderlijk besluit getrokken.

De tekst bevat verder twee tabellen, waarvan de eerste de prijs, het al dan niet meegeleverd zijn van een stereo-element en de verschillende technische voorzieningen per merk en per type aangeeft. Ook worden bepaalde bijzondere opmerkingen over de stroboskoop afzonderlijk gemaakt. De tweede lijst bevat de beoordeling der

(191) Test-Aankoop, 1970, nr. 96, blz. 135.

meetresultaten.

Een andere tabel geeft adressen waar men inlichtingen kan bekomen en duidt een beste koop aan.

Positief voor deze test is zeker zijn klaarheid en het groot aantal onderzochte types. Negatief is dat noch het laboratorium, noch de staalneming worden besproken.

In VIVEC (192) verscheen een gelijkaardige test van 10 Hi-Fi platenspelers. Deze werd overgenomen uit het tijdschrift Test der Stiftung Warentest (193).

Van de tien daar besproken merken zijn er vijf ook door Test-Aankoop onderzocht in hetzelfde type, waarbij opvalt dat de beoordeling hier strenger is. Voor dezelfde types komt de beoordeling zeer goed veel minder voor in VIVEC. De prijzen door VIVEC aangegeven zijn katalogusprijzen en liggen hoger dan de werkelijk betaalde prijzen aangegeven door Test-Aankoop. De gebruiksbeoordeling en de beschrijving der voorzieningen stemmen nagenoeg helemaal overeen. Duidelijke verschillen in de beoordeling zijn er alleen tussen die van de naalddrukregeling voor Beogram 1000: Test-Aankoop zegt zeer goed, Vivec voldoende.

De VIVEC-test is veel technischer opgesteld geeft de gevolgde norm aan en de daarvolgens toegelaten toleranties. Een nadeel is dat bij het bespreken van een eigenschap niet tot kommentaar der afzonderlijke merken en types wordt overgegaan, tenzij zeer bondig in een korte samenvatting. Deze test is daarom ook moeilijker leesbaar.

(192) VIVEC, 1969, nr. 55, blz. 3-9.

(193) Test, november 1968.

Hoofdstuk 2: De vraag naar de geoorloofdheid van het vergelijkend warenonderzoek.

54. In een rechtsstaat is elke activiteit principieel geoorloofd en kan elke handeling worden gesteld, zolang zij geen inbreuk maakt op de wetten of de hoger te waarderen belangen van anderen dan de handelende persoon (194). Principieel is dus een vergelijkend warenonderzoek rechtmatig, tenzij het zou inbreuk maken op de materiële wet of de hoger te waarderen belangen der ondernemers wier activiteiten worden besproken, daarbij vooropgesteld dat de belangen van deze ondernemers een hogere waardering verdienen en dus sterker beschermenswaard zijn dan het vergelijkend warenonderzoek dat hen betreft. Kan men thans denken dat deze belangenafweging en dit toetsen aan de wet weinig problemen vermag te stellen, dan is dit nochtans niet steeds zo geweest. De nieuwigheid van dit strijdmiddel op het economische terrein en zijn als schokkend ervaren duidelijk noemen, vergelijken en waarderen van economische prestaties, heeft ooit tot ernstige twijfels aangaande de geoorloofdheid ervan aanleiding gegeven. Kon een strijdmiddel, dat in de handen der mededingers zelf haast steeds onrechtmatig werd geacht, door derden in de concurrentiestrijd, de verbruikers, worden gehanteerd en zo ja, onder welke voorwaarden. Op deze vragen wordt hierna naar Belgisch, Duits en Nederlands recht gepoogd een antwoord te geven.

§ 1. België.

55. Bij de behandeling der vraag naar de principiële geoorloofd-

(194) "Les gouvernants ne peuvent rien sauf ce que la loi leur permet; les gouvernés peuvent tout sauf ce que la loi leur interdit." P. LECLERCQ, conclusies bij Cass., 10 maart 1932, Pas., 1932-I-98.

heid van een vergelijkend warenonderzoek, dient allereerst een korte beschrijving plaats te grijpen van de grondwettelijke vrijheden die zijn doorvoering garanderen. Hoewel zulke beschrijving voor tal van activiteiten kan gebeuren, waarvan de juridische implicaties worden beschreven, doch zulk onderzoek meestal vrij overbodig kan worden geacht, toch hebben wij hiertoe in het geval van het vergelijkend warenonderzoek twee redenen. Allereerst omdat uitdrukkelijke, speciaal regelende wettelijke bepalingen niet voorhanden zijn. Vervolgens omdat vergelijkende warenonderzoeken worden gepubliceerd en onze grondwet de publicistische activiteit speciale aandacht heeft verleend.

56. In ons onderzoek dienen wij dus na te gaan welke grondwettelijke vrijheden de doorvoering en de publicatie van een vergelijkend warenonderzoek kunnen waarborgen. Daarbij moet men er echter steeds op bedacht zijn dat de grondwettelijke vrijheden als principe gelden, principe dat kan worden beperkt door de wetgeving in de ruimste zin (195) of door de rechtmatige belangen van andere rechtsonderhorigen, welke eveneens op deze vrijheden aanspraak kunnen maken.

Men zou vooreerst op art. 7 G.W. een beroep kunnen doen. Dit artikel garandeert, volgens de unanieme opvatting van de rechtsleer (196)

(195) Wordt een grondwettelijke vrijheid echter door een louter materiële wet beperkt, dan dient deze w.b. de inperking der grondwettelijke vrijheden te kunnen steunen op een formele wet die de bevoegdheid tot de inperking der grondwettelijk gegarandeerde vrijheden verleent. Zoniet kan deze materiële wet de rechterlijke controle over haar grondwettelijkheid niet overleven. Het voorbehoud van de beperkingen door de wet gesteld, in de grondwet neergelegd, is beperkt tot beperkingen voortvloeiend uit een formele wet, een wet uitgaande van de in de staat aangestelde wetgevende macht (art. 26 G.W.).

(196) ORBAN, Droit constitutionnel, III, blz. 357-358; GHIRON, o.c., blz. 381; GOTZEN, Vrijheid van beroep, I, nr. 344 met uitvoerige verwijzingen.

slechts de vrijheid van komen en gaan en het recht op het eigen lichaam. Daarom komt het niet in aanmerking voor dit onderzoek, temeer dat, waar uitdrukkelijk gegarandeerde vrijheden, zelfs buiten de tekst der grondwet, werden gestipuleerd, art.7 G.W. niet toepasbaar is.

57. Een steviger garantie bieden art. 14 en 18 G.W. over de pers- en meningsuitingsvrijheid. Zoals hoger vermeld volgt dit uit het feit dat vergelijkende warenonderzoeken worden doorgevoerd om te worden gepubliceerd.

Beide vrijheden zijn correlair: de persvrijheid is slechts de expliciteering der meningsuitingsvrijheid op het terrein der pers (197). Zij garanderen dat niemand kan worden belet of gehinderd in het hebben van een eigen mening, in het zich vormen van deze en ze te uiten door alle mogelijke uitdrukkingsmiddelen.

Het aanbrengen van bouwstenen voor de vorming van een mening, de verzameling van het materiaal, de beïnvloeding door feitenweergave en de meningen van anderen ten voordele van een bepaalde zienswijze en de vrije kennisneming van het geuite door om het even wie, worden door beide vrijheden, onder voorbehoud van beperkingen gesteund op de formele wet, gelijkelijk gegarandeerd.

Beide vrijheden dekken elke uiting, elke nieuwsgaring door geoorloofde middelen: daarbij is irrelevant welk medium ter verspreiding werd gebruikt (198) en welke de aard van het geuite was.

(197) ERRERA, o.c., § 48; Les Nouvelles, Lois politiques et Administratives, nr. 254, blz. 106; ORBAN, o.c., III, nr. 174. Anders: Cass., 25 okt. 1909, Pas., 1909-I-416: de drukpersvrijheid betreft niet de inhoud van het meegedeelde, doch slechts het aangewende vermenigvuldigingsprocédé.

(198) Cass., 25 okt. 1909, Pas., 1909-I-416; WIGNY, Droit Constitutionnel, nr. 205 en 210; GHIRON, Le droit public de la Belgique, nr. 387; VLLIEBERGH H., De Belgische Grondwet, blz. 153-154. Nogtans zijn er beperkingen gesteld aan het gebruik van radio, televisie en filmvoorstellingen als middelen van meningsuiting. Daarover:

Deze vrijheden omvatten dus zowel de informatie over feiten en gebeurtenissen, het geven van waardeoordelen of waarderingen, als het uiten van een hoogst persoonlijke mening (199).

Beide vrijheden werden door de grondwet gegarandeerd tegenover de staat, doch omwille van het ingewikkelder worden der sociale structuren en de grotere technische mogelijkheden, kunnen ook door particulieren inbreuken op andermans fundamentele vrijheden worden begaan. Voor zover de grondwettelijke gewaarborgde vrijheden (200) geen vertaling in meer specifiek waarborgende wetten hebben gevonden, rijst de vraag naar hun rechtstreekse doorwerking in het geldende privaatrecht (Drittwirkung of derdenwerking).

58. De vraag naar de derdenwerking der grondrechten is in België slechts de laatste jaren gesteld. Het mogelijke privaatrechtelijke staatsrecht, nooit ernstig onder ogen genomen, terwijl het aspect ervan werd door de beoefenaars van het /feit dat zij werden ingeroepen in een geschil tussen privépersonen, de rechter nooit tot een behandeling van hun aanwendbaarheid bracht. Meestal kon

.../... RIMANQUE K., De vrijheid van informatie en de vrijheid van mening in verband met de uitzendingen van radio en televisie, R.W., 1969-70, 1601 e.v.; MAST A., Le statut juridique de la radio et les limites de la liberté d'expression, Rev. Dr. Int. Dr. priv., 1958, 411; GANSHOF VAN DER MEERSCH, Het rechtsstelsel van radio en televisie en de grondwettelijke vrijheden, R.W., 1961-62, 2337 e.v. Evenzo in Duitsland: BOUKEMA P.J., o.c., blz. 74 met talrijke verwijzingen; in Nederland: OUD P.J., Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, blz. 720; BELINFANTE A.D., Beginselen van Nederlands Staatsrecht, blz. 175.

(199) RIMANQUE, a.c., R.W., 1969-70, 1601 (1607-1608) en Preadvies, blz. 16.

(200) Of de andere fundamentele rechten van de enkeling tegenover de staat, welke niet in de Grondwet werden opgenomen, als bv. de vrijheid van beroep en bedrijf (art. 7, W. 2-27 maart 1791, de zgn. wet d'Allarde). Over de privaatrechtelijke betekenis van deze wet, GOTZEN, Vrijheid van beroep, I, blz. 450-571. Vgl. W.b. de persoonlijkheidsrechten: Cass., 7 maart 1975, R.W., 1974-75, 2335 (2337).

immers in deze gevallen eveneens een beroep worden gedaan op uitdrukkelijk geformuleerde normen die als een garantie of een beperking der grondwettelijke vrijheden in het verkeer tussen particulieren konden worden aangezien of kon men het resultaat dat werd beoogd bekomen door een beroep op normen in wier sancties de miskenning der grondrechten tussen privépersonen kon worden ingerekend, daar hun ruime formulering dit toeliet (201). In dit laatste geval is een beroep op de Drittwirkung der grondrechten overbodig. Aldus heeft men ook om de geoorloofdheid van een vergelijkend warenonderzoek te gronden de theorie der Drittwirkung niet nodig om haar principieel schadetoebrengend karakter goed te weten. Elke handeling is principieel toegelaten, ook al brengt zij schade toe, tenzij zo de wet haar verbiedt of zo het belang van de geschade hoger dient te worden gewaardeerd dan dat van de handelende persoon. Wel heeft de rechtspraak die principiële handelingsvrijheid omschreven als een recht van vrije meningsuiting (201). Dit is dan een zeer zwakke vorm van Drittwirkung, de enige waarvoor in het belgische recht een plaats schijnt te zijn ingeruimd. Immers, nieuwe subjectieve privaatrechten rechtstreeks ontstaan uit de inwerking der grondrechten op privaatrechtelijke normen zijn in het belgische recht niet

(201) En dan is een uitdrukkelijke verwijzing naar de grondrechten natuurlijk mogelijk. Zie: Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 en 155 (2 arresten): "La licéité des organisations de consommateurs et de leur droit de libre information (...), ne peut être sérieusement contestée; il serait contraire aux principes constitutionnels de la liberté de manifester ses opinions et de la liberté de la presse, d'interdire à un organisme de publier des résultats de ses investigations."

Adde: Rb. Brussel, 28 maart 1975, R.W., 1954-75, 2286 (2288): "Overwegende enerzijds, dat een democratische samenleving vereist dat openbare problemen met de grootst mogelijke openbaarheid worden behandeld en besproken, zoals gewaarborgd door artikel 14 van de Grondwet, en artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dit in het belang van het voortbestaan zelf van een democratische samenleving;

.../...

aanwijsbaar. Bij de bescherming der persoonlijkheidscomponenten in het privaatrecht, een vraagstuk dat zich hiertoe zou kunnen lenen, steunt men in ons recht niet op de grondrechten (202) doch gebruikt men hun bestaan alleen als bijkomend argument (203). Anders antwoorden op deze vragen zou strijdig zijn met de zeer bondig gestelde doch duidelijk geponeerde stelling uit het Strebelle-arrest van het Hof van Cassatie (204) die aan de grondrechten de kracht ontzegt om de rechten die de burger ontleent aan privaatrechtelijke normen te wijzigen of terzijde te stellen. Er dient tenslotte gewezen te worden op het feit dat zowel art. 14 als art. 18 G.W. elk preventief optreden verbieden (verbod van

.../... Dat het anderzijds een op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek privaatrechtelijk gesanctioneerde fout is, de eer en de goede naam van andere rechtssubjecten in het gedrang te brengen, door er, op een voor een voorzichtig en bedachtzaam persoon in die concrete omstandigheden onbetamelijke wijze, onjuiste feiten of op onjuiste feiten berustende waardeoordelen over te verspreiden;"

Vgl. ook Cass., 7 maart 1975, R.W., 1974-75, 2335 (2337) dat echter een zeer voorzichtige motivering bevat, waaruit geen argument ten voordele van de Drittwirkung der grondrechten te putten valt, aangezien het persoonlijkheidsrecht op de fysische integriteit als een algemeen rechtsbeginsel worden aangemerkt en geen rechtstreeks beroep wordt gedaan op art. 7 GW, hoewel het middel op art. 7 GW was gesteund.

(202) Evenmin als voor het vraagstuk van de burenhinder: zie DERINE R., Preadvies betreffende hinder, blz. 12 e.v. en Hinder, R.W., 1967-68, 1965 e.v.

(203) Aldus handelen: DE LIEDEKERKE J., La protection de la personnalité en droit privé belge, J.T., 1959, 413; vgl. het hierboven noot 201 geciteerde Cass., 7 maart 1975, R.W., 1974-75, 2335 (2337) met noot; inzake hinder: DERINE; o.c., blz. 14 en Cass., 6 april 1960, R.C.J.B., 1960, 280 en 283, noot J. DABIN.

(204) Cass., 4 dec. 1952, R.C.J.B., 1956, 33, noot DASSESSE, over het tweede middel; vgl. Rb. Luik, 21 febr. 1968, J.T., 1968, 205.

censuur) (208).

59. Indien nu deze algemene principes worden toegepast op het vergelijkend warenonderzoek, dan krijgt men het volgende beeld. Allereerst weze opgemerkt dat de publicatie van een vergelijkend warenonderzoek - krasse gevallen, waarin beledigingen, laster of eerroof erin zouden zijn opgenomen of aanslagen op de goede zeden erin zouden zijn vervat (209), daargelaten - geen persmisdrijf kan uitmaken, daar een inbreuk op de achting die een ondernemer of een handelsvennootschap geniet in het economische verkeer, niet door de strafwet kan worden beteugeld (210), daar zij geen inbreuk op hun eer uitmaken en hen dus niet aan de minachting van het publiek blootstellen.

Het vergelijkend warenonderzoek geniet de indirecte bescherming der pers- en meningsuitingsvrijheid: zelfs indien men aanvaardt dat een warentest de onderneming ernstige schade kan toebrengen, dan dient er toch op gewezen te worden, dat de vrijheid van meningsuiting de kritiek op handelsondernemingen zelfs dan nog dekt, zo het gevolg ervan zou zijn dat de onderneming haar economische

(208) Daarover infra. Over de inhoud van internationale verdragen op dit punt, zie: J.L. HEYMANN-HEBARE, Zensurverbot und zulässige Einschränkung der Pressefreiheit ausserhalb der Bundesrepublik, UFITA, Bd. 58 (1970), 43 (49 e.v.).

(209) Dit kan een persmisdrijf zijn: Cass., 8 juli 1930, Pas., 1930-I-299. Niet de propaganda voor zedeloze geschriften: Cass., 9 nov. 1925, Pas., 1926-I-51.

(210) Brussel, 9 jan. 1974, J.T., 1975, 65 en 24 mei 1974, J.T., 1975, 63, beide met advies O.M. THIBAUT DE BOESINGHE en noot M. VAN DER STICHELE; Corr. Charleroi, 15 dec. 1967, Rev. Adm., 1969, 45; Corr. Brussel, 14 maart 1974, J.T., 1975, 208 met verwijzingen; Rb. Brussel, 29 okt. 1968, RPB v. Ufidec et alii, onder verwijzing naar Rb. Brussel, 10-11 juli 1938, B.J., 1939, 527 met advies O.M. GANSHOF VAN DER MEERSCH en de aldaar aangehaalde verwijzingen. Adde: Corr. Brussel, 16 dec. 1936, Pas., 1936-III-163, hervormd door Brussel, 20 maart 1937, P.P., 1938, 403. NYPELS-SERVAIS, o.c., III, blz. 195; SCHUIND, Droit criminel, I, blz. 286-287. Daarbuiten is laster en eerroof mogelijk tegen een rechtspersoon: Cass., 18 dec. 1899, Pas., 1900-I-63 met concl. O.M.; Cass., 5 febr. 1900, Pas., 1000-I-141; NYPELS-SERVAIS, o.c., III, blz. 247-248.

activiteit zou dienen te staken (211): de ernst van het gevolg biedt slechts grond voor een verbod van uitoefening van een recht, zo in die uitoefening misbruik aantoonbaar is (212).

60. Nochtans had de principiële erkenning van het principieel zwaarder wegend belang van de persvrijheid boven de vrijheid van beroep en bedrijf, of m.a.w. de erkenning dat onderneming en ondernemers principieel kritiek op hun economische activiteit behoren te dulden, enige moeite om zich door te zetten. Men mag stellen dat zij slechts vaste verworvenheid is geworden sinds de diverse geschillen inzake warentests in deze zin werden beslecht. Nochtans had de rechtspraak steeds het recht erkend voor financiële bladen en voor banken en financieringsinstellingen om inlichtingen te verstrekken, kritiek uit te oefenen, aanbevelingen of waarschuwingen te uiten in verband met de economische activiteit, de financiële situatie en de vooruitzichten van ondernemingen en ondernemers, en dit niet alleen aan iedereen in het algemeen, maar ook privatim aan rechtstreeks geïnteresseerden. Deze rechtspraak leidde echter niet tot uitbreiding van haar uitgangspunt buiten het specifieke, door haar bestreken terrein, evenmin

(211) Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 21 okt. 1974, Bull. Hand., 1975, 36 (39): "... elle (l'atteinte à la capacité de concurrence d'autrui, L.B.) peut être aussi la conséquence normale de la concurrence commerciale - qui est une lutte appelée à causer des effets fâcheux pour ceux qui y sont impliqués ou pour certains d'entre eux - et à un exercice non anormal de droits et facultés de l'auteur de l'acte incriminé;..."

(212) Brussel, 2 juni 1849, Pas., 1849-II-307; Hoei, 15 juni 1899, P.P., 1900, 667; Rb. Luik, 31 mei 1905, Pas., 1905-III-308. Vgl. de algemene regel geformuleerd door VAN GERVEN, Over de vordering tot ophouden ingesteld door K.B. nr. 55 van 23 dec. 1934, R.W., 1960-61, 609 (624): "de vordering tot afwending van de aantasting van een absoluut recht is onmogelijk, wanneer de storing ervan te wijten is aan de uitoefening van een ander van diens eigen recht, indien er geen bijkomende grond aanwezig is om deze te bestrijden." Vgl. Brussel, 22 maart 1911, P.P., 1912, 1368.

als tot de formulering van een algemene leidraad ter toetsing (213). Het probleem stelde zich echter slechts indien de grondrechten aan andere grondrechten of aan blanco-normen dienden te worden getoetst; bestaan er specifieke beperkende normen dan is slechts zo de concrete omstandigheden dit vereisen, een belangenafweging mogelijk tussen de belangen van hem die een grondrecht te zijnen gunste inroept en die van de persoon die op de duidelijk omschreven inperking daarvan een beroep doet. Aldus kan de handelaar of de ambachtsman zich niet op de vrijheid van meningsuiting beroepen om een andere handelaar of ambachtsman te kritiseren in zijn beroepsactiviteiten: art. 20, 2° en art. 54 WHP verbieden dit, zodat, indien de concrete omstandigheden van het geval daartoe niet nopen, van een beroep op de grondrechten geen sprake

(213) Men zie bv. naast de rechtspraak inzake het verstrekken van inlichtingen over de financiële situatie van particulieren waarover infra: Rb. Ieper, 15 maart 1867, B.J., 1867, 616, besproken bij SCHUERMANS, o.c., I, blz. 148: "Attendu que la critique des actes d'une administration de chemin de fer ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, s'il n'y a pas eu l'intention de nuire et si les faits énoncés sont en général reconnus par la société demanderesse;" "Il en est surtout ainsi quand l'action n'a eu pour mobile que la sécurité publique et l'intérêt général. Pareille publication ne dépasse pas les limites d'une critique légitime et ne cause pas de préjudice;"

Rb. Brussel, 2 april 1936, P.P., 1936, 485; J.T., 1936, 509; R.W., 1937-38, 1718. Hoewel een journalist het recht heeft vrij zijn mening te uiten in sociale en taalkundige aangelegenheden en daarbij lessen in literatuur mag ten beste geven, toch mag hij het krediet van een handelaar of een vennootschap niet aantasten door een artikel dat tracht aan te tonen dat deze zijn nederlandstalig klienteel slechter dan het franstalig behandelt.

Rb. Brussel, 9 maart 1938, R.W., 1937-38, 1718: Erkenning van het recht van kritiek op het werk, doch geen verbod van uitdrukking van gedachten die van aard zijn de uitgever van het werk in zijn commerciële activiteit te schaden. In casu ging het om een beroep tot boycot door katholieke filmuitbaters van een verhuurmaatschappij die de film "La Garçonne" naar het gelijknamige boek van Zola, op de markt bracht. Vgl. Rb. Luik, 31 mei 1905, Pas., 1905-III-308. Ook kan gewezen worden op het infra, nr. 65 uitvoerig besproken Kooph. Brussel, 27 juni 1962, J.T., 1962, 662, Guides Haller. Zie verder: DALCQ, Traité, nr. 1268.

.../...

Contra: Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 558(559): "Attendu que les droits de libre information, de libre recherche et de libre expression, sont en principe inviolables; que sont également inviolables les droits que possèdent les demandeurs sur leur personne, leur entreprise et leur patrimoine; que cette inviolabilité est sanctionnée par l'article 1382 du Code civil; que ces droits constituent une limite à l'exercice du droit d'investigation et de critique objective par la défenderesse; qu'il appartient au juge du fond d'apprécier si la défenderesse a franchi cette limite en rendant public le résultat du test..."

"Attendu que la défenderesse avait incontestablement le droit de faire connaître ... le résultat du test comparatif...;

"Attendu que, compte tenu du but éminemment social et désintéressé poursuivi par la défenderesse, celle-ci avait également le droit de rendre ses conclusions publiques à la condition expresse de s'entourer des garanties d'objectivité indispensables;"

Deze laatste paragraaf is in samenhang met de vorige in zoverre aanvechtbaar, dat de rechtbank een rechtvaardiging schijnt te eisen om tot de doorvoering van vergelijkend warenonderzoek te kunnen overgaan.

Vgl. ook de identieke passages in Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 668.

Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (154): "Attendu...qu'en soit... la publication (nl. een vergelijkend warenonderzoek L.B.) dont litige n'est pas fautive;...

"Attendu qu'en l'occurrence, il ne peut être question de concurrence déloyale;...

"Attendu que le recours à la méthode comparative et la publication de ses résultats ne constituent pas une erreur de conduite;...

"Attendu que du cas concret de l'espèce, on pourrait ... rapprocher l'activité de certaine presse financière qui, à la lumière des bilans et de toutes considérations économiques, conseille l'arbitrage des titres de telle société contre les titres de telle autre; que les ventes d'actions, provoquées par semblable conseil peuvent nuire à une société et aux porteurs de ses titres; que néanmoins le conseil est licite s'il repose sur des indications exactes (Cons. Dalcq, Nouvelles, Droit civil, t. V/1, n°747);"

Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 155: "Attendu que la publication dont litige, (nl. een vergelijkend warenonderzoek L.B.) même si elle comporte des informations atteignant collectivement ses membres et au-delà d'eux le public en général, doit être en principe considérée comme licite mais qu'il faut préciser que ses auteurs commettraient une faute si leurs informations manquaient à la stricte objectivité; ..."

Zie verder: DUPLAT, Le journal, blz. 292 die kritiek op de handelingen waaruit de commerciële reputatie ontstaat, over de beroepspraktijk wel, kritiek op de professionele reputatie als faam inzake talent en verdienste niet voor kritiek vatbaar acht. Dit onderscheid lijkt mij niet houdbaar, niet alleen omdat het moeilijk doorvoerbaar kan zijn, doch ook omdat het een recht om niet besproken te worden in het leven roept over gegevens die voor een handelaar tot .../...

kan zijn ter rechtvaardiging (214). Zelfs de algemene pers, die ook op commerciële basis wordt uitgebaat, dient hierin voorzichtig te zijn, nu een concurrentiële relatie niet meer wordt vereist opdat de wet op de handelspraktijken toepassing vinden zou (215).

61. In aansluiting hierbij kan ook geantwoord worden op de vraag of art. 6 en 6bis der grondwet (216), die de gelijkheid der burgers voor de wet en een verbod van discriminatie bevatten, een privaatrechtelijke of horizontale werking (217) hebben die de wa-rentestorganisatie zou verplichten tot gelijke behandeling van de verschillende ondernemers die zij in eenzelfde onderzoek betreft of kan betrekken.

.../. ...zijn publieke sfeer behoren. Daarover: nr. 65 e.v. 148: "La presse a le droit de critique et le devoir de signaler les abus et excès qui peuvent se commettre dans divers domaines. Elle peut le faire librement, même s'il en résulte un dommage pour certaines personnes, du moment qu'elle agit dans un intérêt général. Un journal ne peut être pris à partie que s'il se livrait à des critiques méchantes, pour soutenir des intérêts particuliers ou politiques, ou s'il déformait la vérité par des rapports inexacts, pour nuire à la réputation et à l'honneur des personnes."

(214) Men zie daarover infra, deel II. Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1948, J.T., 1948, 409 (410), noot G. VAN HECKE; Voorz. Kooph. Luik, 3 jan. 1956, Jur. Liège, 1955-56, 148; Kooph. Leuven, 14 juli 1936, R.W., 1936-37, 463 (465): "Aangezien men ongetwijfeld aan niemand zou kunnen verbieden van, op louter wetenschappelijk gebied, de resultaten door de radiodistributie, en die, door radiotoestellen bekomen, objectief te onderzoeken en te vergelijken ;..."

Men zie verder de rechtspraak en rechtsleer omtrent de geoorlooftheid van vergelijkende reclame die zich beperkt tot het vergelijken van systemen van produceren of die noodzakelijk is om de voorsprong welke een nieuw tegenover de bestaande produkten biedt, uit te drukken. Daarover: SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 414 e.v.; GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1936 e.v.

(215) SCHRICKER, The Belgian Law on Trade Practices, 4, IIC, 41 (57) (1973); DE GRUYSE, noot onder Voorz. Kooph. Brussel, 31 jan. 1972, Ing.Cons., 1972, 89 (99-100), Le rail dégage la route.

(216) Zie ook: art. 14 Europees Mensenrechtenverdrag van 4 nov. 1950 dat echter geen andere draagwijdte heeft dan art. 6 GW; RWS, 26 mei 1966, nr. 11838, Arr. Adv. EVS, 1966, 485.

(217) Terminologie ontleend aan W. VAN GERVEN, Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht, SEW, 1971, 404 (408).

Gelet op de hiervoor verdedigde stelling over de draagwijdte der derdenwerking der grondrechten, kan er ook hier op gewezen worden dat de rechtspraak over de prijshandhaving, die als duidelijkste uiting geldt van de toepassing van de gelijkheidsregel in het privaatrecht (in zoverre de opgelegde verplichting aan vastgestelde prijzen of met inachtneming van de opgelegde minimumprijs te verkopen slechts dan afdwingbaar ex contractu wordt geacht, zo de prijsbindende ondernemer dezelfde verplichting oplegt aan al zijn afnemers-verderverkopers), deze gelijkheidsregel omschrijft als de tegenprestatie die de prijsbindende ondernemer moet garanderen aan de afnemer opdat deze op voet van gelijkheid met zijn concurrenten-verderverkopers de afnemers zou kunnen tegemoet treden (218).

M.a.w. de grondslag van deze voorwaarde wordt weerom niet in art. 6 G.W. doch in het verkoopscontract gelegd eventueel gekoppeld aan art.7 der wet d'Allarde (219).

62. Ook kan een eventuele plicht tot gelijke behandeling niet worden gefundeerd in het kartelrecht. De wet van 27 mei 1960 is om meerdere redenen niet toepasbaar. Vooreerst omdat de testorganisaties geen economische machtspositie in de zin van art.1 der wet bezitten, daar zij niet door economische transacties een overwegende en nadelige invloed op de marktverrichtingen of op essentiële modaliteiten van het aanbod uitoefenen. Verder omdat deze wet de bescherming der "workable competition" (220) als maatschappijordenende factor op het oog heeft en in principe vergelijkende warenonderzoeken daartoe bijdragen. Tenslotte omdat een inbreuk

(218) Luik, 1 febr. 1934, P.P., 1934, 267; Kooph. Brussel, 5 maart 1934, J.C.B., 1934, 164 en 11 juli 1934, J.C.B., 1934, 438; Kooph. Gent, 8 april 1953, J.T., 1953, 551.

(219) Aldus: Voorz. Kooph. Oostende, 14 juli 1938, Pas., 1938-III-8(10-11).

(220) VAN GERVEN, a.c., S.E.W., 1971, 404 (414).

op particuliere belangen - die door ongelijke behandeling der in aanmerking komende mededingers wordt begaan - niet onder de kartelwetgeving valt (221). Wel kan in zulk geval eventueel de kartelwetgeving analogisch door de rechter worden ingeroepen om een aangeklaagde handeling als onrechtmatig te bestempelen tegenover de schadelijgende ondernemer (222). Om de testorganisaties te verplichten tot gelijke behandeling van de ondernemers die zij in eenzelfde warenonderzoek betreft of kan betrekken komt zulke analogische aanwending evenwel niet in aanmerking om de hogergehoemde redenen. Slechts in zeer krasse gevallen van discriminatie met het oog op het bevoordeligen van één of meer ondernemers tegenover anderen zou een (vrij overbodig) beroep kunnen worden gedaan op de W.27 mei 1960 om een fout in de zin van art. 1382 B.W. te bewijzen. Het is immers los van elke verdere wettelijke grondslag foutief handelen, zo voor een vergelijkend warenonderzoek de verschillende ondernemers wier produkten worden onderzocht, niet op voet van gelijkheid worden geplaatst, niet met een neutrale ingesteldheid worden tegemoet getreden. Faalt het onderzoek daarin dan is geen objectieve oordeelsvorming op grond van het testbericht mogelijk en kan het zich niet beroepen op zijn marktdoorzichtigheids- en concurrentiebevorderende werking. De ongelijke behandeling der ondernemers die in een onderzoek werden of konden worden betrokken, behoeft dus steeds een rechtvaardiging

(221) DEL MARMOL C., La protection contre les abus de puissance économique en droit belge, blz. 183; G. VAN HECKE, Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de wet tot bescherming tegen het misbruik van economische machtspositie, R.W., 1960-61, 413-415).

(222) Cass., 18 febr. 1965, Pas., 1965-I-621; Voorz.Kooph. Nijvel, 1 maart 1973, J.T., 1973, 712 met noot. Contra, op grond van het argument van de scheiding der machten (de vaststelling der inbreuken op de wet behoort immers aan de uitvoerende macht): Brussel, 19 febr. 1969, J.T., 1969, 241; Voorz. Kooph. Luik, 19 sept. 1968, J.T., 1969, 209. Zie ook: GOTZEN M., a.c., J.T., 1963, 705 (707); SCHRANS, a.c., S.E.W., 1967, 345 (363); Voorz.Kooph.Brussel, 16 dec. 1974, Bull. Hand., 1975, nr. 10-11, 59 (63).

om rechtmatig te kunnen zijn (223).

63. Aldus besliste het Hof van Beroep te Brussel (224) dat het aan een intercommunale maatschappij voor gasvoorziening niet kan euvel worden geduid, zo zij uitsluitend de door een professionele vereniging goedgekeurde toestellen in haar bedelingsnet toelaat. Indien de intercommunale maatschappij aan firma's die gasbranders plaatsen haar zienswijze laat kennen aangaande de vereisten voor gasbranders om op haar net toegelaten te worden en de namen vermeldt van toestellen die aan de vereiste criteria beantwoorden, kan haar dit niet euvel worden geduid. Het Hof stelde daarbij als voorwaarde dat bewezen zou zijn dat de intercommunale "enigszins op willekeurige of oneerlijke wijze gehandeld heeft", hetwelk werd verworpen daar de maatschappij geacht werd te hebben gehandeld op grond van bestuurlijke veiligheidsmaatregelen. Zelfs weigerde het Hof daarbij in te gaan op de relevantie van de bewering dat andere intercommunales een ander standpunt terzake zouden huldigen. Het arrest, hoewel op grond van een eis gebaseerd op de WHP geveld, zou evenzo hebben kunnen luiden ware de eis op art. 1382 B.W.

(223) Volgens de Raad van State volstaat de toepassing van dezelfde objectieve criteria, die de toetsing der wettelijkheid kunnen doorstaan, omdat ze op objectieve verschillen steunen, opdat de gelijkheid in de zin van art. 6 G.W. zou zijn gerealiseerd in de uitzendingen van radio en televisie. Aldus is het stellen van een representativiteitsdrempel geoorloofd: RvS, 6 april 1966, Arr. Adv. RvS, 1966, 321 i.z. Moulin en De Coninck, nr. 11.749 en 26 mei 1966, Arr. Adv. RvS, 1966, 485, i.z. ASBL Association Protestante pour la Radio et la Télévision, nr. 11.838. Zie ook de noot van Jean GOL onder deze arresten in J.T., 1967, 407 (409). Volgens VAN GERVEN, a.c., S.E.W., 1971, 404 (414) zou er zowel in publiek als in privaatrecht een algemene regel bestaan, volgens dewelke een houder van macht de aan zijn macht onderworpen personen op gelijke wijze moet behandelen.

(224) Brussel, 12 nov. 1974, B.W., 1974-75, 1711 met noot.

ingeleid. Daarom wordt het hier besproken (225).

64. De ondernemer zijnerzijds kan zich niet op een recht op anonimiteit beroepen, om de bekendmaking der waarde van zijn economische prestaties tegen te gaan. De economische activiteit behoort tot de publieke sfeer van een persoon of van een rechtspersoon; kennisname ervan en berichtgeving erover is fundamenteel toegelaten. Is de ondernemer een rechtspersoon, dan is onomstreden aanvaard dat deze geen privésfeer of recht op privacy kan hebben: de rechtsleer stelt met name dat een rechtspersoon slechts die persoonlijkheidsrechten kan hebben die geen bestaan als natuurlijke persoon veronderstellen (226). Tot deze laatste rechten zou het recht op privacy behoren. Het voorafgaande wordt duidelijk indien men de rechterlijke uitspraken onderzoekt die aan de ondernemers of de onderneming bewust of onbewust een recht op privacy toekennen voor hun economische activiteit.

65. Een sterk voorbeeld daarvan is Koop. Brussel, 27 juni 1962 (227).

(225) Over de verplichting op grond van art. 1382 B.W. de verschillende in het onderzoek betrokken ondernemers gelijk te behandelen, wordt hierna gehandeld.

(226) RONSE J., Vennootschappen, blz. 297 e.v.; VAN GERVEN, Algemeen Deel, nr. 45; MICHOU, o.c., II, nr. 168, blz. 2 e.v. beperkt het innerlijk leven van een rechtspersoon tot zijn vermogen de interne betrekkingen binnen de groep te regelen en de toepassing van deze regelen op te leggen.

Vgl. R.T. KIMBROUGH, noot sub *Sidis v. F.R. Publishing Corp.*, C.C.A., 2nd, 138 ALR, 15 (54): "Since the right of privacy is primarily designed to protect the feelings and sensibilities of human beings, rather than to safeguard property, business or other pecuniary interests, it would seem proper to deny this right to corporations and institutions and even to copartnerships as such." In dezelfde zin: W.E. SHIPLEY, noot sub *Continental Optical Co. v. Clifford F. Reed*, Indiana App., 14, ALR, 2nd, 543 (758).

(227) J.T., 1962, 662, Guides Haller. Onduidelijk op dit punt is art. 2 van het wetsvoorstel ontleend aan het artikel van S. ARONSTEIN, *Défense de la vie privée. Essai pour contribuer à la survie de notre civilisation*, J.T., 1971, 453-460 en Parl. Besch., Senaat, 1971-72, nr. 142, waar een recht om op te treden tot staking of voorkoming van onthullingen over het privéleven, zelfs van iemand anders, aan elk fysisch of rechtspersoon wordt toegekend.

Een onderneming die gidsen publiceert ten behoeve van het bedrijfsleven had over een vennootschap onder gemeenschappelijke naam gegevens gepubliceerd over het aantal werknemers en de kapitaalcracht die niet verplichtend door de vennootschap dienden te worden gepubliceerd, en dit ondanks het verzet van de vennootschap vóór de publicatie.

Gedagvaard op grond van art. 1382 BW. houdt de uitgever staande dat, gezien zijn vrijheid van meningsuiting en het ontbreken van elke concurrentieverhouding tussen partijen, hij slechts voor misbruik van zijn recht op vrije meningsuiting aansprakelijk is. Bovendien kan de vennootschap omwille van haar publieke activiteit en van de publiciteit die zij moet geven aan haar oprichtingsakte, zich niet verzetten tegen de publicatie, zo de gegevens juist zijn en geen vertrouwelijk karakter hebben.

De rechtbank verwerpt dit verweer, door erop te wijzen dat slechts die gegevens waaraan een wettelijk verplichte publiciteit dient te worden gegeven, zelfs tegen de wil van de betrokken vennootschap in, gepubliceerd kunnen worden door de pers. Dit omdat deze gegevens bestemd zijn voor kennisneming door het publiek. Daarentegen mogen andere gegevens niet worden gepubliceerd, zo de vennootschap zich ertegen verzet en dit verzet niet van elke grond ontbloomt is. Omdat de wet voor de vennootschap onder gemeenschappelijke naam de publicatie van gegevens over het maatschappelijk kapitaal en het aantal werknemers niet voorziet en het verzet van de vennootschap niet ongegrond is, daar derden deze gegevens nadelig kunnen interpreteren, wordt een schadeloosstelling van 5.000 fr. toegekend aan eiseres.

Dit vonnis kent een werkelijk recht op beslotenheid toe aan de onderneming voor elementen die niet beschermbaar zijn door een specifiek optreden en dragen op de activiteit van de onderneming. Het lijkt dus zeer de vraag of de aldus geboden bescherming niet overdreven is. De rechtbank verleent bescherming aan al die elementen waarvan de wettelijke publiciteit niet verplicht is. Dat de wettelijke publiciteit verplicht is, kan geen bepalend criterium zijn

ter geheimhouding: wanneer de wet de publicatie van sommige gegevens oplegt en van andere niet, in het belang van de personen die met de rechtspersoon in contact komen, dan kan men daaruit niet afleiden dat er een primerend belang bij de rechtspersoon zou bestaan bij de geheimhouding van andere gegevens, boven het belang van derden om meer te weten over die rechtspersoon, of boven het informatierecht van de pers (228). Bovendien hebben de financiële pers (229), de bankiers en de inlichtingsagentschappen (230) een nooit ernstig betwist recht om inlichtingen te geven over de financiële toestand, de werkzaamheden, de tewerkstelling enz. van ondernemingen (231), zonder dat zij zich zouden dienen te beperken tot de balans of eventuele andere te publiceren gegevens vanwege de vennootschap. Regelmatig verstrekken de dagbladen cijfers over het personeelsaantal, de vestiging, de plannen van een bepaald bedrijf. Tot heden heeft de rechtspraak daarin principieel nooit

(228) Zie over de vereiste van publiciteit: VAN RYN J., *Principes*, I, nr. 162-163; FREDERICQ, *Traité*, I, nr. 107.

(229) Paris, 8 nov. 1950, J.C.P., 1951, 5.136; Paris, 1 maart 1924, D.H., 1924, 337, die beide de principiële vraag behandelen. In België is geen rechterlijke uitspraak gevonden waarin het principe werd gesteld. Zie: DUPLAT, o.c., blz. 292-295 en a contrario: Rb. Brussel, 11 juni 1912, P.P., 1913, 77.

(230) LAGASSE, a.c., *Rev. Banque*, 1947, 35 (38-39); Kooph. Brussel, 29 okt. 1932, J.C.B., 1932, 361; Kooph. Brussel, 13 nov. 1913, J.C.B. 1914, 36; Kooph. Gent, 29 april 1937, R.W., 1937-38, 1653.

(231) Hetzelfde geldt trouwens voor berichten over het beroep van een natuurlijk persoon: Rb. Brussel, 30 juli 1901, P.P., 1902, 172. Tenonrechte acht Trib. civ. Seine, 9 jan. 1908, *Gaz. Trib.*, 13 jan. 1908, gecit. Bij DUPLAT, o.c., blz. 335 volgende zinssnede onrechtmatig; "Om m'affirme que la prochaine direction s'est assuré le concours de M. Alvarez à des conditions exorbitantes, ce serait une faute et une maladresse. Je refuse d'y croire. Si l'engagement est signé le public se chargera, je l'espère, de le faire résilier. Au besoin, j'y aiderai, par haine du faux art."

een onrechtmatige daad gezien, doch adviezen en kritiek toegelaten over de situatie en de toekomstmogelijkheden (232), de eigenaardigheden der statuten (233), de politieke strekking van een coöperatieve vennootschap (234), de arbeidsvoorwaarden (235), de kwaliteit der afgeleverde produkten of diensten (236). In Duitsland heeft het BGH de laatste jaren meerdere malen uitdrukkelijk gesteld dat de onderneming geen aanspraak kan laten gelden op een geheimhouding van zijn concurrentiële positie en de waarde van zijn economische prestaties (237).

De uitspraak van de rechtbank leidt tot een onduldbare inperking van de vrijheid van meningsuiting in hoofde van de uitgever. Slechts zo hij de gepubliceerde informatie op onrechtmatige wijze verkregen had, kon zijn gedrag laakbaar worden geacht. Indien hij de gepubliceerde gegevens langs normale weg verzamelde, kon hem van de publicatie geen verwijt worden gemaakt, daar deze gegevens in nauw verband staan met de aktiviteit van de besproken vennootschap. Het belang van de vrije meningsuiting weegt zwaarder dan het belang van de vennootschap van schade gevrijwaard te blijven. De rechtbank miskent dit door van de uitgever te eisen dat hij slechts die gegevens zou openbaar maken, waartoe de vennootschap door de wet wordt verplicht. Dat hij slechts informatie zou mogen bieden binnen

(232) Brussel, 22 maart 1911, P.P., 1912, 1368.

(233) Hoei, 15 juni 1899, P.P., 1900, 667.

(234) Gent, 4 dec. 1900, B.J., 1901, 141.

(235) Charleroi, 16 juli 1901, J.T., 1901, 1146; Gent, 6 nov. 1911, P.P. 1912, 1095; Mechelen, 11 nov. 1913, P.P., 1914, 280.

(236) Antwerpen, 7 dec. 1887, Pas., 1888, III, 95.

(237) BGH, 22 okt. 1957, GRUR, 1958, 233 (234), mit dem feinem Whip; BGH, 24 okt. 1961, GRUR, 1962, 108, noot FREIIN VON ERFFA, Waffenhhandel; BGH, 14 jan. 1969, GRUR, 1969, 304, noot BIELENBERG, Kredithaie; BGH, 16 nov. 1970, GRUR, 1971, 273, noot SAMWER, Chamotte.

de perken der door de wet verplichtend gestelde publiciteit, is een verkeerde interpretatie van de regel dat bij de uitoefening van grondwettelijke vrijheden de rechten van anderen niet mogen worden miskend. De vennootschap ontleent namelijk aan de vennootschapswetgeving, noch aan de wetgeving over het handelsregister een recht op geheimhouding van die gegevens die volgens deze wetgeving niet dienen te worden gepubliceerd. Wel acht deze wetgeving de krachtens haar inhoud bekend te maken gegevens voldoende om de rechten van derden tegenover de vennootschap veilig te stellen; dit houdt niet in dat daardoor meteen ook een uitspraak zou worden gedaan over het passieve of actieve informatiebelang dat pers en publiek hebben tegenover de vennootschap. Indien deze laatste meent dat de gegevens die niet krachtens de wet moeten openbaar worden gemaakt, dienen geheim te blijven, dan moet zij daartoe geschikte maatregelen treffen. Slechts zo de uitgever deze op onrechtmatige wijze zou omzeilen (238), kan hem daarvan een verwijt worden gemaakt, daar hij dan misbruik maakt van zijn recht op vrije meningsuiting. Hetzelfde ware aan te nemen zo de gepubliceerde gegevens onjuist zouden zijn of onzakelijk worden voorgesteld.

66. Ook verscheidene uitspraken over vergelijkende reclame gebruiken als argument dat de ondernemer een recht op anonimiteit, een

(238) Bv. door binnendringen in de gebouwen van de vennootschap: Corr. Luik, 21 febr. 1968, J.T., 1968, 205. Hierbij weze opgemerkt dat bedrijfsgebouwen niet in dezelfde mate als een woning van de bescherming van art. 10 G.W. genieten, omdat zij geen of slechts een gering privacy-karakter vertonen, en men bovendien kan stellen dat zeer veel wetgevende maatregelen die de controle op de ondernemingen betreffen, beperkingen inhouden op de rechten gegarandeerd door art. 10 G.W. Dit grondrecht heeft m.i. geen Drittwirkung, gezien het feit dat het strafwetboek de overtredingen ervan limitatief opsomt en beteugelt.

recht heeft om niet genoemd te worden in de reclame van een ander ondernemer. Dit is zelfs in België grotendeels de gangbare opvatting, welke zeer kernachtig door L. FREDERICQ (239) wordt verwoord: "Le concurrent a le droit qu'on ne parle pas de lui, même pour dire la vérité". Ook de WHP gaat in die richting daar art. 20, 2 in fine de mogelijkheid van identificatie te scheppen zonder noodzaak, centraal stelt en ook de afbrekende vergelijking verbiedt. Dit kan men niet anders interpreteren dan dat een recht op anonimiteit in verband met de commerciële activiteit tegenover de adverteerder wordt toegekend. Hoe gerechtvaardigd een principieel verbod van verwijzing naar de mededingers ook kan worden geacht, toch is het niet juist dit te steunen op een recht in hoofde van de ondernemers of de ondernemingen om niet genoemd of besproken te worden, daar dit weerom ten voordele van de commerciële activiteit of het beroepsleven een vorm van privésfeer veronderstelt, welke daarmee niet kan gepaard gaan. "Wer aktiv handelend im Wirtschaftsleben steht, setzt sich in einem demokratischen Gemeinwesen auch der Kritik an seiner Betätigung aus; die Entfaltung der Persönlichkeit im Wirtschaftsleben bringt naturgemäss mit sich, dass sie sich der Kritik stellen muss." (240), verklaart de Duitse rechtspraak zeer terecht. Het zo vaak gebruikte argument van het recht op anonimiteit kan niet gelden, zelfs niet binnen de enge grenzen

(239) Traité, II, blz. 163, nr. 108; MOREAU, o.c., nr. 203 e.v.; Vgl. Brussel, 23 nov. 1953, Ing. Cons., 1953, 205; Kooph. Brussel, 31 dec. 1952, J.T., 1953, 89 (94); Kooph. Brussel, 31 jan. 1957, J.C.B., 1957, 80 (87). Genuanceerd: GOTZEN, o.c., II, nr. 977 e.v. en 1134 e.v. die het verbod mededingers bij de eigen aanbieding met naam of impliciet te betrekken ziet als een concretisering van de plicht te concureren met uitsluitend eigen arbeid (prestatienorm).

(240) BGH, 24 okt. 1961, GRUR, 1962, 108 (109), noot FREILIN VON EREFFA, Waffenhandel; EICHMANN, o.c., blz. 85; Vgl. DUPLAT, o.c., blz. 292; Rb. Neufchâteau, 31 mai 1961, Jur. Liège, 1960-61, 292 i.v.m. een politieke partij.

van een verbod van verwijzing in de reclame. Het betreft hier geen uitvloeisel van het recht op de naam (241) of op de privé-sfeer, maar een gevolg van het recht op de handelszaak en de commerciële activiteit die vereisen, omwille van het grote gevaar voor een onrechtmatige schadetoebrenging vanwege de concurrent, besloten in elke vergelijkende reclame, dat deze wijze van aantasting slechts bij noodzaak zou worden gebruikt. In hoofde van de adverteerder betreft het een beperking van zijn recht op de economische activiteit, waarvan het recht reclame te maken een uitvloeisel is (242), ofwel, indien men de nadruk wenst te leggen op de inhoud van de reclame, op de kennisoverdracht die zij in meerdere of in mindere mate inhoudt, betreft het een beperking van zijn recht op vrije meningsuiting.

67. Zoals de merkhouders bij stilzitten zijnerzijds, de verworping tot soortnaam van zijn merk - en dus de inburgering in het algemene spraakgebruik - zal moeten dulden, en zoals de kunstenaar zich de kritiek op zijn gepubliceerd werk zal moeten laten welgevalen (243) of op zijn openbare vertolking van andermans

(241) Ook het merkenrecht biedt geen bescherming tegen het vermelden van de merknaam in een kritische studie, omdat geen aantasting van het herkomstfunctie van het merk gebeurt, waardoor het minder voldoet ter individualisatie van de produkten van de merkhouders. Mogelijk wordt wel de kwaliteitsfunctie en de reclamefunctie van het merk aangetast, doch daartegen biedt het merkenrecht geen bescherming. Zie: L.BALLON, a.c., T.P.R., 1971, 351 e.v.; R.LINDON, noot onder Cour Paris, 20 dec. 1974, D.Jur., 1975, 312 (317). Zie ook Règlement et commentaire en matière d'information radiophonique et télévisée, waarvan het ontwerp in La Libre Belgique, 17 jan. 1975, 1 en 3: "Chaque fois qu'elle est requise par les besoins de l'information, la citation de marques - par le son ou l'image - est légitime..."

(242) GOTZEN, o.c., II, nr. 961 en de verwijzingen in noot 912, blz. 307; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 1 bij het overzicht voor § 3 UWG.

(243) Hoewel de kunstenaar over persoonlijkheidsrechten beschikt op zijn creatie, de handeldrijvende niet !

Men merke echter op dat geen argument contra kan worden gehaald uit de rechtspraak die stelt dat, zo de kunstenaar de bespreking

.../...

werk, zo moet men ook aanvaarden voor de economisch actieven - net als politici - dat zij door hun optreden naar buiten, principieel kritiek op dit optreden dienen te dulden en dat deze kritiek slechts door bijkomende omstandigheden kan onrechtmatig worden. De regel is dus dat eenieder die optreedt naar buiten (244) kritiek op dit optreden behoort te dulden, behoudens zo de gekritiseerde een bij een belangenafweging hoger te achten belang op stilzwijgen of op een niet publiceren van de appreciatie of de feiten, zoals deze publicatie gebeurde, zou kunnen aantonen, dan het belang op kennisneming van het publiek, en daarvan afgeleid, van de pers bij publicatie ervan.

In het huidige rechtsbestel vormen de economisch actieven op deze regel een niet gerechtvaardigde en niet te rechtvaardigen uitzondering.

Net als de merkhouders, de wetenschapsman, de kunstenaar en de politicus, loopt de handelaar door zijn optreden naar buiten het risico zijn activiteiten besproken te zien. Het feit zelf dat hun handelen naast dat van vele anderen openbaar is en waardengericht, maakt het apprecieerbaar. Deze appreciatie dient door de naar buiten optredende persoon te worden aanvaard, behoudens zo bij een onderzoek van deze appreciatie zou blijken dat zij niet door de werkelijkheid gedekt is, naar haar inhoud en/of naar haar vormgeving of door de wijze waarop zij de wereld wordt ingestuurd, onaanvaardbaar zou moeten worden geacht, zodat het belang van de geapprecieerde boven dat van de criticus of van dezes

.../... van zijn werk vroeg, het recht op antwoord door hem niet meer kan worden uitgeoefend. Over deze rechtspraak, *infra*

(244) Dit dient goed te worden verstaan en veronderstelt een optreden waarover kan commentaar worden gegeven, omdat er een passief voorlichtingsbelang bestaat in hoofde van het publiek en dus een actief informatiebelang in hoofde van de criticus. De persoon van de handelende, zowel als de aard van zijn optreden in de openbaarheid kunnen dit verruimen of beperken. Hierover *infra*, bij de ontleding der privésfeer.

publiek kan worden gesteld.

68. Uit de aard van het vergelijkend warenonderzoek, dat een tegenover elkaar stellen en beoordelen van verschillende, onderling substitueerbare economische prestaties inhoudt, rijst de vraag of en wanneer de wet op de handelspraktijken (WHP) van toepassing zal zijn. In haar art.20 verbiedt deze wet elke publiciteit die verwijst naar of vergelijkingen trekt tussen één of meer handelaars of ambachtslui, hun economische activiteit of de resultaten ervan (245). Dient een vergelijkend warenonderzoek als handelspubliciteit te worden beschouwd, dan is dit verboden en zou het alleen dan toegelaten zijn zo verschillende mogelijke vormen van oplossing van een economische behoefte worden vergeleken, zonder verwijzing naar een herkenbare handelaar of ambachtsman (246).

69. Nochtans zal normaal een waretestorganisatie niet onder de wet op de handelspraktijken vallen. Voor de toepassing van art.20 WHP is vereist dat handelspubliciteit wordt gemaakt. Ook al volgt uit de definitie van art. 19 WHP op het eerste gezicht niet dat een persoon, die handelaar noch ambachtsman is, geen handelspubliciteit zou kunnen maken, daar elke informatie, verspreid met het oog op de bevordering van de verkoop bij het publiek, wordt be-

(245) art. 20,2 (alleen handelaars) en 3 WHP. Op te merken valt dat art. 20,4 naar art.55 en dit naar art. 54 WHP verwijst. De vroegere rechtspraak waarop vóór art. 20 WHP werd gesteund, was unaniem: zie: GOTZEN, Vrijheid van beroep, nr. 977 en 1003-1004 met de verwijzingen; R.P.D.B., Concurrence illicite, nrs. 251 en 255 e.v.; ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, Belgien, blz. 341 e.v. met verwijzingen.

(246) GOTZEN, Vrijheid van beroep, nr. 1031 e.v. en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer; ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, Belgien, nr. 416 e.v.

doeld, en al houdt art. 20, 1 WHP over de misleidende handelspubliciteit dit evenmin in, toch moet men aannemen dat in principe het niet de rechtstreekse of onrechtstreekse bedoeling van een vergelijkend warenonderzoek is, de verkoop van produkten of diensten bij het publiek te bevorderen. Voor vergelijkende of verwarringstichtende handelspubliciteit wordt uitdrukkelijk gezegd dat het om een andere handelaar of om een andere ambachtsman (art. 20,3 WHP) of om andere handelaars (art. 20, 2 WHP) dient te gaan, zodat deze slechts van handelaars of ambachtslui (247) kan uitgaan.

70. Hoe deze laatste termen dienen te worden verstaan lijkt op het eerste gezicht niet betwijfelbaar, gezien hun vaststaande wettelijke betekenis.

In een recent artikel en een bijdrage tot een verzamelbundel heeft M.GOTZEN (248) nochtans getracht aan te tonen dat art. 54 en 55, i WHP een eigen handelaarsbegrip huldigen en dat de overheid die handel drijft, zelfs zonder dat het commercieel karakter van de bedrijvigheid van de overheid wettelijk wordt geaffirmeerd, ook onder de WHP valt. De auteur meent dit omdat de WHP zou uitgaan

(247) Daar ambachtslui onder art. 20,2 WHP niet zijn vermeld, dient men aan te nemen dat zij wegens vergelijkende reclame met de produkten of diensten of met de persoon van een andere ambachtsman slechts krachtens art. 54 WHP kunnen worden aangesproken in rechte, behoudens zo men de niet-vermelding van de ambachtslui als een vergetelheid van de wetgever beschouwt en art. 20,2 WHP analogisch op hen toepast, daar het niet in te zien waarom zulke vergelijkingen aan ambachtslui zouden zijn toegestaan of dat men op art. 54 WHP een beroep zou moeten doen.

Vgl. hierover: SCHRICKER-FRANCO, Belgique, blz. 155.

(248) Het onttrekken van de vordering tot staken van ongeoorloofde handelspraktijken aan de alleenheerschappij van de handelaarsnotie uit het wetboek van koophandel, R.W., 1974-75, 1665-1684 en Eisers en verweerders in de vordering tot staken van onrechtmatige mededinging, Economisch en Financieel Recht Vandaag, II, blz. 265 (268-272).

van het begrip handelaar uit het gewone, dagelijkse spraakgebruik (249) en niet van de notie neergelegd in art.2 en 3 van Boek I, titel I van het wetboek van koophandel bij de wet van 3 juli 1956. Uit dit betoog interesseert ons hier vooral het eerstegedeelte. Immers, zou de auteur moeten worden bijgetreden, dan dient de verbruikersvereniging met de gebruiken in de door haar besproken sectoren en met de uitdrukkelijk verboden praktijken niet alleen voortdurend rekening houden, maar zou zij ook onder de jurisdictie van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel vallen. Om zijn betoog te staven brengt de auteur meerdere argumenten aan. Allereerst de ongeschiktheid der definitie van de handelaar in het Wetboek van Koophandel om een behoorlijke werking van de vordering tot staken te verzekeren. Dat deze definitie een element winstbejag zou dienen te omvatten en dat zou strijden met de eigen vereisten van het mededingingsrecht kan betwijfeld worden, daar het slechts uiterst zelden zal voorkomen dat uit onbaatzuchtigheid praktijken zullen gesteld worden die objectief gezien, tegen de WHP indruisen. Bovendien blijft het slachtoffer van zulke praktijken nooit weerloos, zo de eis niet voor de Voorzitter der Koophandelsrechtbank kan worden gebracht. Ook het feit dat landbouwers en apothekers vrij willekeurig buiten de handelaarsnotie werden gehouden, doet niet ter zake, zij zijn ook aan de WHP onderworpen, zij het slechts indirect.

Het navolgen van het Wetboek van Koophandel bij het onderzoek naar de hoedanigheid van eiser en verweerder in de vordering tot staking is dan ook door de WHP als richtlijn opgelegd, in tegenstelling tot wat GOTZEN (250) meent. De door hem aangehaalde passage uit de voorbereidende werken, waarin wordt gerechtvaardigd waarom

(249) Ibid., nr. 11, kol. 1675.

(250) Ibid., kol. 1670.

onder art. 1, 1° WHP de produkten niet meer worden gedefinieerd als het voorwerp van een daad van koophandel, overtuigt niet. Bewuste passage stelt immers: "... Dit was een vergissing. Inderdaad, sommige beschikkingen van de wet zijn van toepassing op personen die niet de hoedanigheid van handelaar (bedoeld is in de zin van het Wetboek van Koophandel L.B.) hebben. Dit is inzonderheid het geval met artikel 2, want er werd geoordeeld dat het algemeen belang vereist dat de omschreven verplichtingen ook aan personen niet-handelaars dienen opgelegd te worden." (251) Uit de ganse opzet van dit citaat en uit het woord sommige blijkt reeds dat de wetgever niet de bedoeling had alle praktijken los te maken van de notie van handelaar in de zin van het Wetboek van Koophandel. Artikel 2 WHP dat in het citaat als belangrijkste voorbeeld wordt aangehaald, bewijst de beperktheid van het citaat nog meer: immers art.2, § 1 WHP bepaalt uitdrukkelijk dat niet alleen handelaars of ambachtslui worden gevisieerd, maar bovendien "... iedere persoon, die in het raam van een beroepswerkzaamheid, de verbruiker produkten te koop aanbiedt." (252) Bovendien is de miskennis van art.2 WHP niet met een vordering tot staken gesanctionneerd, maar met strafsancties. Indirect, door te steunen op art. 54 WHP, is art.2 WHP wel met een vordering tot staken gesanctionneerd, maar dan net als gelijk welke andere wettelijke bepaling, waarvan het respecteren behoort tot de eerlijke handelspraktijken (253).

(251) Parl. Besch., Senaat, 1970-71, nr. 13, blz. 6.

(252) Daarover: BALLON, a.c., T.P.R., 1972, 239 (241). Zo ook art. 4 § 1 en 3 waar gesproken wordt van "Ieder" en "Niemand" en deze bepalingen bevatten een duidelijke verwijzing naar art.2 WHP.

(253) Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 29 sept. 1972, R.W., 1972-73, 1151, met noot Paul DE VROEDE.

71. Het lijkt dus eerder zó te zijn dat, gezien de klaarheid van de notie "handelaar" of "ambachtsman" de wetgever als regel heeft aanvaard dat handelaar en ambachtsman dienen te worden verstaan in de zin der art.1 tot 3 van Boek I, titel I Wetboek van Koophandel (254) of in de zin van art.2 der wet van 18 maart 1965 en dat, gezien de bevoegdheid van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel en de gebezigde terminologie, slechts uitzonderlijk niet-handelaars of -ambachtslui onder de bevoegdheid ratione personae van de Voorzitter der Rechtbank van Koophandel zullen vallen, namelijk wanneer dit uitdrukkelijk werd gestipuleerd (255) (256).

Ook uit het feit dat art.1, 2° WHP de diensten omschrijft als zijnde beroepsprestaties die het voorwerp uitmaken van een daad van koophandel of van een door de wet als ambachtsbedrijvigheid beschouwde bedrijvigheid, kan hiervoor een argument bieden. Het feit dat sedert de WHP "het pretoriaans toezicht op de eerlijke gebruiken tussen handelaars" slechts een onderdeel (art. 55 sub i) van de veel bredere taak (is) (art. 55 onder a tot h) die aan de President in het raam van de vordering tot staken is toe-

(254) Of van art.1, Boek I, Titel IX van dit wetboek.

(255) Zie bv. art. 21 WHP.

(256) Uit het feit dat in art.1, K.B. nr. 55 van 23 dec. 1934 werd verwezen naar handelaars, ambachtslui en nijveraars, welke beide laatste termen ook op niet-handelaars konden betrekking hebben, hebben sommige auteurs vroeger erop gewezen dat het K.B. niet alleen op handelaars in de zin van het Wetboek van Koophandel droeg, doch een ruimer toepassingsgebied had. Zie daarover: FREDERICQ, *Traité*, blz. 201; RONSE, a.c., R.W., 1948-49, 890. SCHRICKER-FRANCQ, *Belgique*, blz. 154 besluiten uit het feit dat art. 54 WHP de nijveraars niet meer vermeldt dat het K.B. de economische functie van handeldrijvende op het oog had, de WHP zich beperkt tot de handelaars en ambachtslui in de zin van het wetboek van koophandel of de ambachtsregisterwet.

vertrouwd" overtuigt niet. GOTZEN ziet immers over het hoofd dat art. 20, 22, 24, 29, 46 en 53 WHP uitdrukkelijk naar handelaars verwijzen of zich tot dezen beperken; dat het gezamenlijk aanbod (art. 35 e.v., art. 55, e WHP) produkten en diensten gelijk stelt en duidelijk naar daden van koophandel in de zin van art. 2 en 3 van Boek I, Titel I van het Wetboek van Koophandel verwijst. Twijfel kan er bestaan omtrent art. 13 e.v. WHP betreffende de benamingen van oorsprong, waaronder inderdaad in het buitenland zeer veel landbouwprodukten vallen. Het lijkt nochtans zo dat deze artikelen in België slechts een geringe betekenis zullen verwerven, zonet zou er reeds een stroom van aanmeldingen van benamingen zijn gebeurd (257). Typische landbouwprodukten die voor bescherming in aanmerking komen heeft ons land niet. Buitenlandse benamingen van oorsprong vallen onder de W. 18 april 1927 of art. 54 WHP, doch niet onder art. 13 e.v. WHP. Het lijkt dus aanbevolen deze artikelen en hun invloed op het geheel der wet niet te overschatten, ook al heeft de wetgever de mogelijkheid voor een vordering van een individuele landbouwer, producent van een produkt met beschermde benaming, tegen een handelaar of ambachtsman of een andere landbouwer, die zijn belangen schendt, niet uitgesloten. Ook de artikelen 32 tot 34 WHP zijn zeer algemeen gesteld. Hier gaat het echter om een residuaire categorie van verkoopsaankondigingen aan verminderde prijs tegenover verkopen met verlies, op ruiming en uitverkoop, welke alle slechts op handelaars toepasselijk worden geacht. Hetzelfde zou dus kunnen aangenomen worden voor deze residuaire categorie, gezien het ontbreken van een uitdrukkelijk gestipuleerde afwijking, hoewel hieruit ook tot het

(257) Tot heden werd één benaming (Ardense ham) erkend. Kritiek: FRANCK Pierre-A., Jambon d'Ardenne, J.T., 1974, 348-349.

(258) Bovendien vereist de procedure van erkenning de voorafgaande raadpleging van de kamers van ambachten en neringen (art. 15, tweede lid WHP).

tegendeel zou kunnen worden besloten.

Art. 51 WHP alleen lijkt duidelijk ruimer dan de kring der handelaars te zijn gedacht. Dit omdat van het algemeen verbod wordt afgeweken voor aanbiedingen met liefdadig doel, iets wat kennelijk de handel en het economisch leven vreemd is.

Art. 55 a tot h WHP zijn dus niet, zoals GOTZEN meent, ruim gesteld en leggen niet aan de president op een bevel tot staken af te leveren zonder onderscheid naar de persoon des daders, maar objectief tegen bepaalde tekortkomingen (259). De wetgever ontrok zich zeer zeker niet zo radicaal aan de traditionele opvattingen over de commercialiteit als de auteur meent. Voorbeelden daarvan uit de voorbereidende werken zijn legio. Ook al kan men beweren dat argumenten uit de teksten betreffende het ontwerp nr. 268 van 5 juni 1964 betreffende de prijzen en bepaalde handelspraktijken (260) weinig overtuigend zijn gezien de redactie van artikel 1 ervan (261) en de grote verschillen met de uiteindelijke wet; het blijkt m.n. niet dat de wijziging in de redactie van artikel 1, 1° WHP ook zou meebrengen dat de wetgever zou beoelen het verband tussen handelspraktijken en handelaars in de zin van art. 1 tot 3 van Boek I, Titel I van het Wetboek van Koophandel op te heffen.

Latere teksten gaan duidelijk uit van de vooropstelling dat de term handelaar in de zin van het Wetboek van Koophandel dienen te worden beschouwd. Aldus volgende passus betreffende art. 45 (thans art. 54 WHP):

"Er moet nochtans op gewezen worden dat het ontwerp een beperking

(259) GOTZEN, a.o., l.c., 1673.

(260) Parl. Besch., Senaat, 1963-64, nr. 268.

(261) "Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder:
1. Produkt: grondstoffen, eetwaren, dieren, vervaardigde voorwerpen, en om het even welke koopwaren, met inbegrip van de energiebronnen, welke het voorwerp van handelsdaden zijn;
..."

van het begrip oneerlijke mededinging verworpt, die door de rechtspraak was ingevoerd, en die geleid heeft tot de uitsluiting van de geschillen gerezen tussen personen, wier activiteiten niet gelijkaardig zijn en zich niet tot hetzelfde cliënteel wenden, doordat zij worden uitgeoefend in verschillende stadia van de productie en de distributiekringloop: de tekst van art. 45 situeert de daad van oneerlijke mededinger tussen "een handelaar" en een "andere handelaar" (en niet meer "zijn" concurrenten of één van hen") (262).

En verder, betreffende art. 1, 1°:

"Volgens de memorie van toelichting wordt onder "produkten" verstaan elk economisch voorwerp dat kan aanleiding geven tot daden van koophandel." (263)

Bij de definitie van de diensten stelt dezelfde memorie:

"Voor de bepaling van de daden van koophandel, wordt verwezen naar de artikels 2 en 3 van het Wetboek van Koophandel." (264)

Ook uit het amendement CUSTERS-REMSON blijkt dit (265) in zoverre dit strekte tot de uitschakeling buiten de WHP van de wetgeving over de vleeshandel, de geneesmiddelen en de eetwarencontrole. Ook de verklaring van senator DE BAER (266) wijst duidelijk in die richting, terwijl ook het verslag BAESKENS in de Kamer hiervan uitgaat:

(262) Parl. Besch., Senaat, 1968-69, nr. 415, blz. 52.

(263) Parl. Besch., Senaat, 1970-71, nr. 13, blz. 5.

(264) Ibid., blz. 7.

(265) Parl. Besch., Senaat, 1970-71, nr. 212.

(266) Parl. Hand., Senaat, 27 okt. 1970, blz. 161.

"Het (wetsontwerp) strekt ertoe tegemoet te komen aan een reeds zeer oude eis van de handelaars: de reglementering van de handelsaangelegenheden dateert van juist vóór de oorlog en is niet meer aangepast aan de ontwikkeling die de handel heeft gekend." (267) Omwille van het feit dat de bedoeling van de wetgever in die richting wijst, kan de rechtspraak worden bijgetreden die de criteria voor de commercialiteit uit het Wetboek van Koophandel bepalend acht voor de interpretatie van het begrip handelaar in de WHP.

Onontvankelijk werd aldus geacht de eis tegen de oprichter van een vennootschap, die zelf geen handelaar was (268), tegen diegene die in het openbaar de hoedanigheid van handelaar aanneemt, hoewel hij nog geen daden van koophandel stelt (269), tegen de voorzitter van een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, die zelf wel het beroep van handelaar uitoefende, doch volledig gescheiden van zijn voorzitterschap (270), tegen een intercommunale maatschappij voor gasvoorziening (271), tegen de ex-werknemer die in strijd handelt met een in zijn arbeidscontract neergeschreven niet-concurrentiebeding (272).

Op grond van al deze overwegingen nemen wij dus aan dat de termen ambachtsman en handelaar niet volgens hun betekenis in het gewone spraakgebruik, maar wel volgens hun betekenis in de ambachts-

(267) Parl. Besch., Kamer, 1970-71, nr. 958-5, blz. 1-2. Vgl. de verklaringen van kamerlid VERNIMMEN: Parl. Hand., Kamer, 24 juni 1971, blz. 36.

(268) Voorz. Kooph. Brussel, 29 nov. 1971, J.C.B., 1973, 130 (133 e.v.).

(269) Voorz. Kooph. Brussel, 4 juni 1973, J.C.B., 1973, 470.

(270) Brussel, 29 okt. 1974, R.W., 1974-75, 1709 met noot.

(271) Voorz. Kooph. Antwerpen, 2 april 1973, R.W., 1974-75, 1715 op dit punt hervormd door Brussel, 12 nov. 1974, R.W., 1974-75, 1711.

(272) Voorz. Kooph. Veurne, 11 juli 1974, Bull. Hand., 1975, nr. 9-10, 46 (47).

registerwet en het wetboek van koophandel dienen te worden begrepen (273).

(273) Geen argument kan worden getrokken uit de Cassatierecht-spraak omtrent de wijze van interpretatie door de rechter; deze rechtspraak kan als volgt worden samengevat. Geen interpretatie geschiedt, tenzij een louter grammaticale, zo de tekst klaar en duidelijk is: Cass., 12 febr. 1940, Pas., 1940-I-48; 22 nov. 1949, Pas., 1950-I-179; 20 febr. 1951, Pas., 1951-I-410; 16 juni 1953, Pas., 1953-I-817. Bij de grammaticale uitlegging moet men uitgaan van de betekenis in het gewone spraakgebruik, zo geen specifiek juridische betekenis van het te interpreteren woord bestaat: Cass., 23 april 1951, J.T., 1951, 397; Cass., 25 juli 1973, J.T., 1974, 247; noot P. WILHELM. Maar zelfs zo er een specifiek juridische betekenis bestaat, dan kan men gedwongen zijn terug te grijpen naar de betekenis uit het gewone spraakgebruik. Vereist is dat de wet zelf de term niet preciseert en de lektuur der voorbereidende werken noodzakelijk leidt tot het uitschakelen der juridische betekenis: Cass., 10 mei 1938, Pas., 1938-I-161; 24 mei 1938, Pas., 1938-I-185 (w.b. de term "publication"); 12 febr. 1940, Pas., 1940-I-48 (w.b. de term "souteneur"); 8 juni 1950, Pas., 1950-I-702 (w.b. de term "habitation"); 12 juni 1952, Pas., 1952-I-664 (w.b. de term "erreur").

Is een term niet verduidelijkt in de wet en noch klaar, noch duidelijk, dan kan de gewone betekenis der woorden met de voorbereidende werken worden geconfronteerd, om te zien of de gewone betekenis overeenstemt met de door de wetgever uitgedrukte wil: Cass., 10 juni 1952, Pas., 1952-I-656; 16 juni 1953, Pas., 1953-I-817; 13 okt. 1955, Pas., 1956-I-121; 4 april 1957, Pas., 1957-I-952; 17 jan. 1958, Pas., 1958-I-511; 28 jan. 1958, Pas., 1958-I-576.

Ook op de regeringsverklaring kan worden gesteund om een term in een latere wet te interpreteren, doch dan is vereist dat deze in het Parlement niet op tegenspraak is gestoten bij de bespreking der te interpreteren wet, zoniet kan men twijfelen omtrent de wil der wetgever: Cass., 16 jan. 1958, Pas., 1958-I-508.

Vgl. VAN GERVEN W., Algemeen Deel, nr. 18, blz. 55-56: "In dit verband kan worden aangestipt dat aan een term, die in de betrokken wettekst zelf wordt gedefinieerd of die wordt omschreven in een andere meer algemene tot dezelfde rechtstak behorende wettekst, uiteraard de bij de wet vastgestelde betekenis moet worden gehecht." In verband met dit citaat kan worden aangestipt dat de door GOTZEN, a.c., R.W., 1974-75, 1675 noot 18 geciteerde rechtspraak dit geens-

.../...

72. Indien de testorganisatie duidelijk de bedoeling heeft de beste koop die zij volgens wetenschappelijk geëigende methodes bepaalt of laat bepalen, in zijn afzet te bevorderen of slecht beoordeelde in de hanteering te schaden, handelt zij dan zodanig dat zij onder de bepalingen der WHP kan vallen ? (274)

Hier dient een onderscheid te worden gemaakt naargelang de vennootschaps- of verenigingsvorm die aan de testorganisatie werd gegeven. Is de testorganisatie een handelsvennootschap, dan is zij handelaar en stelt zij daden van koophandel, zodat zij valt onder de WHP en de benadeelde de testorganisatie tot staking voor de Voorzitter der rechtbank van koophandel zou kunnen dagvaarden. Het testbericht zal steeds als handelspubliciteit moeten worden beschouwd, indien het uitgaat van een als handelsvennootschap opgerichte testorganisatie, die haar "beste koop" op één of andere manier daadwerkelijk wenst te steunen, ook al was het haar onverschillig vóór en tijdens het onderzoek, welk produkt van

.../... zins weerlegt: immers, in slechts één geval (Cass., 12 juni 1952, Pas., 1952-I-664) gaat het om een term met een duidelijke, van het gewone spraakgebruik afwijkende juridische betekenis. Evenwel droeg de betwisting op de term "erreur" in art. 8, W. 10 aug. 1948 betreffende de militaire pensioenen, welke wet men moeilijk tot dezelfde tak kan rekenen als het burgerlijk recht. Meteen is duidelijk waarom men aan de rechtspraak van het Hof over interpretatie geen argument kan ontleenen voor, maar eerder tegen de stelling van GOTZEN. Immers wij gaan er hier van uit dat, zo een term een duidelijk bepaalde juridische betekenis heeft, in een bepaalde rechtstak, men deze moet kiezen, tenzij de voorbereidende werken tot een ander besluit nopen. Dit menen wij niet te kunnen vinden in de door GOTZEN aangehaalde passussen uit de voorbereidende werken, waartegenover men er meerdere kan stellen die deze tegenspreken.

(274) Positief beantwoord door GOTZEN, a.c., Economisch en Financieel Recht Vandaag, II, blz. 265 (279) met als argument dat de voorwaarde dat de informatie van een handelaar of ambachtsman zou uitgaan uit art. 19 WHP werd geschrapt (blz. 284), doch die over het hoofd ziet dat art. 20, 2° WHP spreekt van andere handelaars. M.a.w. men kan zich afvragen, andere dan wie?

welke ondernemer ook, het uiteindelijk zou halen (275). Immers, het is niet de bedoeling die voorzat bij het opstellen der handelspubliciteit, doch slechts de verspreiding met de bedoeling de verkoop te bevorderen, die door de WHP in haar definitie der handelspubliciteit wordt in aanmerking genomen.

Hiertegen is echter in te brengen dat slechts ex post, nadat het onderzoek werd doorgevoerd en duidelijk werd wie op de betiteling "beste koop" mag aanspraak maken, deze bedoeling zich in één of meerdere produkten of diensten concretiseert. Slechts op dat ogenblik worden één of meerdere ondernemers beoordeeld. Deze ex-post-relatie is op zichzelf, los van elke andere rechtvaardiging, zoals het recht op vrije meningsuiting, onvoldoende om een belangenverbondenheid aan te nemen die het zou rechtvaardigen verbruikersorganisatie en beoordeelde ondernemer als belangenverbonden te beschouwen. Immers vóór het onderzoek werd doorgevoerd was er geen enkele aanwijzing voorhanden die zou toelaten een belangenverbondenheid te aanvaarden, en bij hypothese heeft deze ook niet bestaan, aangezien dan de testorganisatie niet meer ex post zou kunnen beslissen voor de beste koop op grond van een neutraal onderzoek. Na het onderzoek zijn de belangen van testorganisatie en goed beoordeelde ondernemer niet dezelfde. De ondernemer heeft nu pas belang bij het onderzoek, daar het zich gunstig kan uitwerken op zijn omzet: het enige belang dat bij hem steeds aanwezig is. De verbruikersvereniging heeft een onderzoek doorgevoerd en een beste koop aangeduid. In de lijn van haar doel van voorlichting en hulp aan de consument beveelt zij hem aan een bepaald produkt te kopen en wil zij werkelijk dat dit produkt ook meer zou worden gekocht, al stelt zij geen verdere handelingen die

(275) Vgl. SCHRICKER, a.c., 4, IIC, 41 (57), (1973).

een eenheid van belangen met de gunstig beoordeelde ondernemer aannemelijk maken (276). De uiteindelijke belangen blijven onderscheiden, daar het doel van de verbruikersvereniging altijd blijft de hulp aan de consument en het verhelderen van zijn overzicht over de markt, waarbij de bevordering van de beste koop slechts doel-middel is. Dit bevorderen is slechts doel in de mate dat het dient om een beter besteden van het inkomen van de consument en het bereiken van meer gebruiks- of verbruiksnut mogelijk te maken. De totale onderschikking van de bevordering van de verkoop van de test beoordeelde produkten aan deze algemeen nuttige doelstellingen, laat dus toe een rechtvaardiging te geven voor het feit dat handelspubliciteit werd gemaakt. Grondslag van deze rechtvaardiging zou eventueel artikel 20,2 WHP zelf kunnen bieden, in de mate dat het handelspubliciteit toelaat die om een reden van noodzaak vergelijkingen maakt die andere handelaars herkenbaar maken. Redelijker lijkt nochtans de reclame met testberichten, zo zij werd toegestaan en beoogd, strijdig te achten met art. 20, 2° WHP (277).

73. Indien het testbericht wordt overgenomen met de toestemming van de testorganisatie, door de handelaars of ambachtslui wier economische prestaties gunstig werden beoordeeld, dan kan elke benadeelde, krachtens art.20 WHP of krachtens art. 54WHP de testorganisatie tot staking daarvan dwingen, op voorwaarde dat de

(276) Zoals het toestaan van het gebruik van het testbericht of uittreksels daarvan in de reclame. Toegelaten zou echter zijn een collectief merk te voeren gesteund op de beste koop van testberichten. Dit is geen reclame en valt krachtens art. 56 WHP niet onder deze wet.

(277) Zowel DE CALUWE-DELCORDE-LEURQUIN, o.c., I, nr. 167 als VAN BUNNEN, a.c., J.T., 1972, 741 achten voldoende de bedoeling de verkoop te verhogen, ook al was deze bedoeling slechts onrechtstreeks daarop gericht.

testorganisatie handelaar is. Dat art. 21 WHP de vordering beperkt tot een verhaal op de auteur van de gewraakte publiciteit, vermag dit niet terzijde te stellen. Auteur is volgens de voorbereidende werken, diegene die tot de publiciteit besloten heeft (278), en dit kan in dit geval voor beiden waar zijn. Dat art. 21 WHP de "responsabilité en cascade" overneemt, doet hieraan geen afbreuk. Zo de overnemer het testbericht niet integraal of gedeeltelijk overneemt, dan is hij alleen voor deze bewerking aansprakelijk én tegenover de testorganisatie en tegenover de benadeelden. Voor het feit van de overname zelf en de nieuwe publiciteit die daarvoor aan het testbericht wordt gegeven, is de testorganisatie niet aansprakelijk, zelfs zo zij de overname toestond (279). Dit is geen rechtstreekse of onrechtstreekse deelname aan de overdruk, wat als vereiste door de rechtspraak wordt gesteld (280).

74. Is de testorganisatie echter geen handelaar, doordat zij rechtspersoonlijkheid bezit zonder dat zij een handelsvennootschap is, dan volgt uit de bewoordingen van art. 20, 2 en 3 WHP dat deze niet toepasselijk zullen zijn, vermits de auteur van de gewraakte handelspubliciteit evenals de benadeelde, handelaar of ambachtsman dient te zijn. Indien dan echter de warentest als misleidende handelspubliciteit zou dienen te worden beschouwd, omdat hij duidelijke tekortkomingen vertoont, of wegens de bedoeling waarmee hij werd gepubliceerd, dan is het de vraag of art. 20, 1 WHP toepassing

(278) Parl. Besch., Senaat, 1968-69, nr. 415, blz. 16.

(279) Verviers, 20 jan. 1897, P.P., 1900, 84; Charleroi, 20 juni 1897, P.P., 1898, 72; Antwerpen, 7 dec. 1898, P.P., 1899, 105; Rb. Brussel, 10-11 juli 1939, B.J., 1939, 527 (582) met concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH; DUPLAT, p.c., blz. 356 e.v.; SCHUERMANS, o.c., II, blz. 44. Voor laster: Cass., 9 febr. 1869, B.J., 1870, 49 met concl. O.M. FAIDER en noot. Hij die reproduceert is alleen aansprakelijk: Cass., 3 aug. 1846, Pas., 1847-I-50.

(280) Rb. Brussel, 10-11 juli 1939, B.J., 1939, 527 (582), concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH met verwijzingen.

zou kunnen vinden en een bevel tot staking van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel zou kunnen worden bekomen. Vermits art. 20, 1 WHP niet uitdrukkelijk eist dat aanlegger en verweerder handelaar zouden zijn, zou men eruit kunnen besluiten dat de wetgever het opportuun achtte efficiënt en snel tegen de auteur van de misleidende handelspubliciteit te laten optreden - hij weze handelaar of niet - voor de rechter die het meest vertrouwd is met zulke geschillen, doordat zij normaliter voor hem worden gebracht. Met argumenten afgeleid uit de mogelijke of waarschijnlijke bedoeling van de wetgever dient men echter voorzichtig te zijn, vooral wanneer men uit het ontbreken van precisering, zou besluiten tot een oplossing die naar haar aard als een hoge uitzondering dient te worden beschouwd in het geheel der wet. In zulk geval moet men eerder eisen dat de voorgestane oplossing uitdrukkelijk bevestigd is, zij het in de voorbereidende werken. Het optreden tegen niet-handelaars voor de rechtbank van koophandel is steeds uitzonderlijk (281). In de WHP is zulke mogelijkheid nergens uitdrukkelijk voorzien. Bovendien gaat de gehele wet over handelspraktijken, de afdeling 5 over handelspubliciteit en is er art. 54 WHP dat als blanconorm de hele wet beheerst en aanvullend werkt, en dit laat geen twijfel bestaan (282) (283).

(281) Bijaldien dat art. 574 Ger. W. zulks uitdrukkelijk vermeldt.

(282) Verscheidene voorbeelden van leemten in de WHP vindt men bij SCHRICKER, a.c., 4, IIC, 41 (55 e.v.) (1973). Gelijktijdige toepassing van art. 20 en 54 WHP is echter uitgesloten, krachtens de regel *lex specialis per generalem non derogatur*. Vgl. J. STUYCK, noot sub Voorz. Kooph. Turnhout, 24 nov. 1972, R.W., 1973-74, 838 (844) en Voorz. Kooph. Verviers, 13 juli 1973, J.T., 1974, 447, noot P. EVRARD.

Hieraan kan men twijfelen w.b. art. 20, 4° WHP dat naar art. 54 WHP mede verwijst. Men zie: Voorz. Kooph. Kortrijk, 11 okt. 1973, J.C.B., 1975, 60, noot G.L. BALLON:

(283) W.b. één passus uit de voorbereidende werken is nochtans twijfel mogelijk: In het verslag namens de speciale senaatscommissie uitgebracht (Parl. Besch., 1970-71, nr. 13, blz. 21) wordt naar aanleiding van art. 12 (thans 19) WHP gesteld: "Uw Commissie .../...

heeft deze regel beperkt tot informatie die bestemd is voor het publiek. Anderzijds werd door uw Commissie de draagwijdte van art. 12 uitgebreid. Volgens de door uw Commissie voorgestelde tekst bedoelt artikel 12 ook informatie die gegeven wordt door personen die geen handelaar of ambachtsman zijn, ongeacht de plaats van de informatie.

Uw Commissie is inderdaad van mening dat artikel 12 zo ruim mogelijk moet geformuleerd worden en dat er een bepaling van de handelspubliciteit in de wet moet voorkomen (de meerderheid van uw Commissie vreesde dat de rechtbanken het begrip "handelspubliciteit" te eng zouden opvatten indien in het ontwerp geen ruim opgevatte definitie zou voorkomen)."

Minstens mag men stellen dat deze uitspraak weinig weerklank heeft gevonden. Er is allereerst het feit dat de verwijzing naar de "andere handelaars" of de "andere handelaars of ambachtslui" gebleven is in art. 20, 2° en 3° WHP. Kan men w.b. art. 20, 2° nog argumenteren dat de beperking tot handelaars (en waarom de ambachtslui niet ?) terecht gebeurde, omdat vergelijkende uitlatingen over handelaars of ambachtslui vanwege het publiek niet met vergelijkende reclame uitgaande van direct belanghebbende handelaars moet worden gelijk gesteld, dan vraagt men zich toch af waarom de beperking behouden bleef in art. 20, 3° WHP dat verwarring stichtende reclame verbiedt. Verwarring gesticht door het publiek is immers minstens even schadelijk als verwarring gesticht door de belanghebbende handelaars of ambachtslui zelf.

Ten tweede is er de uitdrukkelijke verklaring van het verslag in de Kamer nopens art. 21 WHP dat stelt: "Het is evenwel klaar dat hier de handelaar bedoeld wordt die de publiciteit voor commerciële doeleinden aanwendt. De Minister bevestigt dit door te verwijzen naar blz. 22 van het eerste Senaatsverslag (Stuk nr. 13, 1970-71)". Parl. Besch., Kamer, 1970-71, nr. 958-5, blz. 10.

Ten derde meen ik te mogen stellen dat de leden der Commissie in verwarring werden gebracht door de juist voordien doorgevoerde opheffing van het vereiste van concurrentie in art. 54 (toen nog art. 45) WHP. Daarheen verwijst duidelijk de vrees der commissieleden voor een te beperkte uitlegging van de wet, daar er geen reden voor vrees bestond op grond der vroegere rechtspraak dat het begrip "handelspubliciteit" zelf restrictief zou worden geïnterpreteerd. Er is bovendien een argument te trekken uit het feit dat art. 54 WHP als *lex generalis* leemtevallend werkt in gevallen niet voorzien door art. 19-20 WHP. Dan rijzen volgende vragen : Quid w.b. de ambachtslui in art. 20, 2° WHP ? worden zij niet beschouwd als kunnende worden getroffen door vergelijkende reclame vanwege niet-handelaars ? Quid voor reclame uitgaande van een niet-handelaar die zich niet richt tot het publiek, maar tot andere handelaars of ambachtslui alleen ? Deze valt niet onder art. 19-20 WHP en niet onder art. 54 WHP, doch kan men hiervoor een reden vinden ? Quid w.b. de diensten in art. 20, 1° ? .../...

De WHP eist echter in de beschouwde artikelen een relatie van handelaars en/of ambachtslui onderling, zoniet is zij niet van toepassing. Aldus kan een vereniging zonder winst oogmerk die ter verwezenlijking van haar doelstellingen een economische activiteit uitoefent, geen vordering tot staking instellen, noch kan zij tegen haar worden ingesteld voor de Voorzitter der rechtbank van koophandel (284). De vraag is nu in hoeverre de eis van of tegen een niet-handelaar of een niet-ambachtsman voor de rechtbank van koophandel of van eerste aanleg op de WHP kan worden gesteund. Een vordering uitsluitend op de WHP gebaseerd en voor deze rechters gebracht, is niet ontvankelijk, daar zowel art. 55 e.v. WHP als art. 588 en 589 Ger. W. de uitsluitende bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel voorzien. Nochtans zijn de WHP evenals het K.B. nr. 55 van 23 december 1934 dat haar voorafging, niet slechts een loutere vernieuwing van de repressie der oneerlijke mededinging (285), maar scheppen zij binnen het kader van de algemene regeling der onrechtmatige daad, nieuw materieel recht. Tussen beide is er een hechte wisselwerking.

"Einerseits wird der Begriff des unlauteren Wettbewerbs, ..., durch die allgemeinen Tatsbestandsmerkmale des Deliktsrechts ergänzt; andererseits dienen die von der Wettbewerbsverordnung aufgestellten

.../... Omwille hiervan alleen reeds, nog afgezien van de hiervoor m.b.t. de argumentatie van GOTZEN aangehaalde argumenten, meen ik dat deze passage op een spijtige vergissing berust en dat moet geïnterpreteerd worden in de zin van een beperking der toepassing van art. 19 en 20 WHP tot handelaars en ambachtslui in de zin van art. 1-3 Boek I Titel I of IX Wetboek van Koophandel of van art. 2 W. 18 maart 1965.

Contra: DE VROEDE-MAES, Het begrip "Handelspubliciteit" - Bedenkingen bij art. 19 van de wet betreffende de handelspraktijken, R.W., 1975-1976, 129 (133).

(284) Dit volgt uit de hoger aangehaalde principes. Uitzonderling dient te worden gemaakt voor het geval een beroeps-, een interprofessionele of een verbruikersvereniging, lid van de Raad voor het Verbruik, die een V.Z.W. zouden zijn, de vordering instellen (art. 57 WHP). Zie: Kooph.Brussel, 29 déc. 1970, RGAR, 1972, 8777.

(285) SCHRICKER, a.c., 4, IIC, 41(51).

Kriterien als Maszstab für die Rechtswidrigkeit im Rahmen des allgemeinen Deliktstatsbestands.

Ausgangspunkt für die Beurteilung des Verhältnisses ist in Lehre und Rechtsprechung die Feststellung, dass der unlautere Wettbewerb, wie ihn die Wettbewerbsverordnung definiert, in der Bereich der unerlaubten Handlungen gehört. Die Wettbewerbsverordnung hat den unlauteren Wettbewerb nicht aus dem Gesamtzusammenhang des Deliktsrechts herausgenommen.

...

Umgekehrt wirkt die Wettbewerbsverordnung auf den Tatbestand der unerlaubten Handlung ein: Ein Verhalten, das nach der Wettbewerbsverordnung vom "juge de l'action en cessation" als unlauter zu verbieten ist, hat auch als rechtswidrig im Sinne der Art. 1382 f. des Code Civil zu gelten. Wer durch ein solches Verhalten Schaden angerichtet hat, ist zum Ersatz verpflichtet. Zwar entscheidet im Verfahren nach der Wettbewerbsverordnung allein der Handelsgerichtspräsident; jedoch haben auch die für die Schadensersatzklage regelmässig zuständigen Handelsgerichten die Wettbewerbsverordnung anzuwenden. Sie ermessen an ihr, ob die Wettbewerbshandlung unlauter ist und damit eine "faute" im Sinne der Art. 1382 f. bildet."(286)

74. Praktijken die tussen handelaars en/of ambachtslui onderling als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken zouden gelden, dienen dus als onrechtmatige handelingen te worden beschouwd, zo zij gesteld worden door niet-handelaars en dezen geen bijzondere rechtvaardigingsgrond kunnen inroepen om de handelingen hun onrechtmatig karakter te ontnemen. Maar men moet nog verder gaan en hierbij aansluitend een misachting van specifieke gedragsregels, eigen aan bepaalde categorieën van niet-handelaars, als bv. deontologische regels, evenzeer als een fout in de zin van art. 1382 B.W.

(286) ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, Belgien, nr.89, blz. 123-124, sprekend over K.B. nr. 55 van 23 dec. 1934. Vandaar dat hij schrijft over de "Wettbewerbsverordnung".

beschouwen op voorwaarde dat zij evenzeer als de handelspraktijken tussen handelaars, als eerlijke gebruiken kunnen worden beschouwd door de rechter belast met de beoordeling ervan (287). Zulk een overtreding van in een sector heersende gebruiken en deontologische regels wordt door de rechtspraak dan ook meestal als oneerlijke mededinging betiteld, wanneer zij zich schadelijk uitwijst voor de beroepsgenoten (288). Dit is niets anders, zo een persoon aan de gebruiken of praktijken in zijn eigen beroep tekort komt en een buitenstaander daardoor schade wordt berokkend of zo men als buitenstaander, zonder rechtvaardiging, de gebruiken van een bepaald beroep miskent en één of meerdere leden ervan schaadt.

75. De evolutie van de wet betreffende de handelspraktijken tegenover het vroegere K.B. nr. 55 van 23 december 1934 wijst erop dat de benadeelden bij de beteugeling van zulk handelen geacht moeten worden een voldoende belang te hebben. Het criterium der eerlijkheid van art. 54 WHP is door het wegvallen van het concurrentievereiste, uitgedéind buiten de grenzen van de kring der directe mededingers, zodat men zich thans ook moet schikken naar gedragsregels van niet-concurrenten, wanneer men als handelaar of ambachtsman aan het economische leven deelneemt. De wet betreffende de handelspraktijken bevat niet meer de loutere consecratie van gevechtsregels in de concurrentiestrijd, maar werd uitgewerkt tot een algemene gedragscodex voor handelaars en ambachtslui onderling, tot een speciale wet inzake onrechtmatige handelingen voor dezen (289).

(287) Daarover: GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, blz. 36-68. In feite aldus, doch op dit punt niet gemotiveerd; Rb. Brussel, 13 febr. 1973, Pas., 1973, 36.

(288) Zie: Brussel, 24 dec. 1887, Pas., 1888-II-291 (293); Charle-roi, 12 juli 1882, Pas., 1883-III-287, bev. door Brussel, 3 juli 1883, Pas., 1883-II-382 met noot; Veurne, 28 mei 1887, B.J., 1887, 1178, bev. Gent, 31 juli 1888, B.J., 1888, 1051; Kooph. Brussel, 27 maart 1953 bev. Brussel, 28 april 1954, J.C.B., 1954, 136. De Raad der Orde van Apothekers noemt elke vorm van overtreding der professionele deontologie die zich schadelijk uitwerkt op de belangen van haar leden oneerlijke mededinging.

(289) SCHRICKER, a.c., 4, IIC, 41 (51), (1973). Dit is een .../...

Deze evolutie in de gedragsregels voor handelaars en ambachtslui onderling, kan als argument dienen om de misachting der gebruiken in een bepaalde sector van het economische leven, door een buitenstaander of door een lid van de sector die daardoor een buitenstaander schaad, als een fout te beschouwen die tot schadeloosstelling kan verplichten, behoudens zo de wet of de feitelijke omstandigheden een legitimatie voor zulk optreden zouden bieden.

De verbruikersvereniging dient dus zowel tegenover de handelaars of ambachtslui als tegenover rivaliserende verbruikersverenigingen en de consumenten, omzichtig te handelen en de als eerlijk erkende gebruiken, waarvolgens zij geacht wordt te handelen, te respecteren. Indien zij geen handelaar of ambachtsman is, is haar optreden echter principieel rechtmatig, omdat zij niet alleen op de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid een beroep kan doen, maar ook op het belang dat de consumenten hebben bij de geboden voorlichting. Daardoor wordt de misachting der als eerlijk aangeziene handelspraktijken goedgeheten tegenover de geschaden, kan men staande houden dat haar precies toegelaten is krachtens eerlijk gebruik, wat aan handelaars of ambachtslui normaliter verboden is, behoudens zo uit de concrete omstandigheden zou blijken dat de resultaten of het onderzoek bewust of onbewust werden vervalst om één der in het onderzoek betrokken ondernemers te bevoorstellen.

In dat geval kan een veroordeling tot ophouden met de gewraakte praktijken worden uitgesproken (290). Nochtans heeft dit als na-

.../... geweldige omkeer tegenover vroeger: de begrenzing van de gebruiken tot het concurrentiële milieu komt thans te vervallen. Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 12 juli 1973, J.C.B., 1973, 586 (587). Contra: GOTZEN, a.c., Economisch en Financieel Recht vandaag, II, blz. 265 (273 e.v.).

(290) Het vroegere art. 1036 Burgerlijke Rechtsvordering voorzag dit uitdrukkelijk. Nu dit artikel niet werd hernomen in het Gerechtelijk Wetboek, is echter de mogelijkheid voor een bevel of verbod om een bepaalde handeling te stellen niet verdwenen. Meerdere auteurs leidden vroeger deze mogelijkheid uit art. 1382 B.W. af,

.../...

deel dat een inbreuk op het uitgesproken verbod niet, zoals onder de WHP, met strafsancties kan worden beteugeld. Daar een dwangsom in ons recht nog niet kan worden opgelegd, blijft slechts een nieuwe schadeloosstellingsactie over om de miskenning tekeer te gaan (291)

76. Ter illustratie hiervan verdient een recente beslissing der burgerlijke rechtbank te Brussel (292) een diepgaander bespreking. De feiten waren de volgende: in een damesweekblad verscheen volgende passus in een artikel: "Zoals ieder jaar zal U met enkele andere scholieren de grote magazijnen gaan uitpluizen op woensdagnamiddag (deze laatsten worden U aangeraden, aangezien de detailhandelaars over het algemeen hun prijzen nogal hoog stellen)". In de franse versie verschilde de tekst tussen haakjes enigszins van de Nederlandse, wat de rechtbank niet ontging (293).

Hoewel de uitgeefster van het blad zich in het volgende nummer zeer duidelijk distancieerde van de gewraakte passage, toch werd zij samen met de auteur van het artikel gedagvaard door de beroepsvereniging der kleinhandelaars in papier wegens aantasting op foutieve wijze van het handelspotentieel der kleinhandelaars waaruit voor

.../... zonder een beroep te doen op art. 1036: RONSE, schade en schadeloosstelling, blz. 259-260; DALCQ, o.c., nr. 4159-4160, beide met verwijzingen. Volgens FREDERICQ, Traité II, nr. 121 kan de rechter zelfs ambtshalve zulk verbod uitspreken. Sommige auteurs meenden echter dat art. 1036 Rv. slechts disciplinaire maatregelen zou omvatten: VAN GERVEN, a.c., R.W., 1960-61, 609 (voetnoot 51); P.LECLERCQ, conclusies voor Cass., 10 maart 1932, Pas., 1932-I-98 (103) met verwijzingen. Overtuigend en degelijk gemotiveerd contra: ESMEIN, l'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev.trim. Dr. civ., 1903, 33 e.v.

(291) ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, Belgien, nr.161, blz. 176-177.

(292) Rb. Brussel, 13 febr. 1973, Pas., 1973, III, 36.

(293) "Comme chaque année, vous dévaliserez avec des centaines d'autres écoliers les grands magasins, le mercredi après-midi (ceux-ci sont à conseiller: les détaillants en général calculent largement leur prix)".

dezen schade zou zijn voortgevloeid.

Voor haar verweer voerde de uitgeefster aan dat zij een gegronde uitspraak deed en dat zij zich voor deze bovendien op de persvrijheid kon beroepen. De rechtbank stemde hiermee in en beperkte haar onderzoek dan ook tot het nagaan of van deze vrijheid in casu geen misbruik was gemaakt.

Om dit uit te maken steunt de rechtbank op een interpretatie van WHP (294), waarvan art. 54 wordt geciteerd en waarbij de nadruk wordt gelegd op het niet meer vereist zijn van enige concurrentieverhouding tussen eiser en verweerder. Verder wordt de nadruk erop gelegd dat de pers terzake niet kan genieten van enige immuniteit. Daarop gaat de rechter over naar een omschrijving der regels der vergelijkende reclame, en meer bepaald van het verbod van afbrekende verwijzingen naar een ander handelaar, waarop echter een uitzondering wordt gemaakt voor "vergelijkingen in algemene termen van verkoopsystemen, steunend op algemene bekendheid, zonder precieze verwijzing naar de reden van de prijsverschillen; dat dergelijke vergelijking niet per se afbrekend is of van aard is om concreet het handelspotentieel van een handelaar aan te tasten." (295)

Dit wordt gepreciseerd door de opmerking dat de reden van het prijsverschil door de lezer kan worden gelegd in de betere service der kleinhandelaars, zodat het afbrekend karakter van de Nederlandse tekst niet bewezen is, en dat voor beide teksten geldt dat, indien de verwijzing zou worden begrepen als een verwijzing naar een ruimere winstmarge van de kleinhandel, dit geen afbrekend oordeel is

(294) Dit gebeurt zonder enige motivering, wat enige verwondering kan wekken, gezien de exclusieve bevoegdheid van de Voorzitter der Rechtbank van Koophandel of van de strafrechter voor de toepassing van deze wet. Men dient dus aan te nemen dat de rechtbank miskenning der bepalingen der WHP als een foutieve handeling die tot schadeloosstelling kan verplichten, beschouwt.

(295) Dit laatste schijnt erop te wijzen dat de rechtbank de bewegingen onschadelijk acht.

over de handelsactiviteit van beide (296). Dit wordt gepreciseerd door het benadrukken van het feit dat de vergelijking te vaag werd gehouden om enige invloed te kunnen uitoefenen op zakencijfer of faam van eiseres' leden (297).

Tenslotte stelt de rechter dat de persvrijheid hier niet werd misbruikt en dat deze vrijheid een bijzonder sociaal belang verwerft wanneer zij ten dienste staat van de voorlichting van de consument.

Wat betreft de auteur van de gewraakte passage stelt de rechter dat hij omwille van het feit dat geen misbruik werd gemaakt der persvrijheid, vrijuit dient te gaan, en dat hij, omdat hij geen handelaar is, de eerlijke handelspraktijken niet dient na te leven.

77. Hoewel men met de oplossing die aan het geding werd gegeven, niet anders kan dan instemmen, verdient de motivering van dit vonnis enig voorbehoud. Allereerst het ongemotiveerde beroep op de WHP, hoewel de eis voor de burgerlijke rechter werd gebracht. Men kan hieruit tweeërlei besluiten trekken. Ofwel is aan partijen en aan de rechter ontgaan dat hij onbevoegd was om kennis te nemen van de eis in zoverre deze steunt op de WHP, gezien de uitsluitende bevoegdheid van de Voorzitter der Koophandelsrechtbank of van de strafrechter, ofwel dat de rechtbank de miskenning der regelen van de WHP tussen handelaars beschouwt als een tekortkoming aan de vereisten van art. 1382 B.W., doch deze precisering vergat of overbodig achtte.

Met de precisering over het niet afbrekend karakter van het aangevochten zinsdeel kan men alleen maar instemmen. Enige contradictie steekt er in het vonnis waar het enerzijds wijst op het bijzonder sociaal belang dat gebruik maken van de persvrijheid verwerft, wanneer zij ten dienste staat van de voorlichting van de verbruiker, anderzijds toch uitgaat van het standpunt dat de pers

(296) Het vonnis stelt verkeerdelijk dat zulk oordeel het handelspotentieel van de leden van eiseres niet zou aantasten.

(297) Het vonnis stelt verkeerdelijk verweersters leden.

in haar activiteiten niet kan genieten van enige immuniteit. Waardeert men dit algemeen belang dat door de pers wordt behartigd, juist af tegenover het eigen belang van de gekrenkte, dan moet men aanvaarden dat het recht op informatie en de persvrijheid sommige tekortkomingen kunnen verschonen, zodat art. 1382 B.W. niet in al zijn strengheid zal neerkomen op de pers en de nieuws-media.

Dat de WHP rechtstreeks slechts handelaars of ambachtslui betreft, neemt niet weg dat de misachting van de WHP door een niet-handelaar of ambachtsman geen tot schadeloosstelling verplichtende fout zou kunnen uitmaken. Elke idee van relatieve onrechtmatigheid is ons rechtvreemd: een beroep op het feit dat de WHP zich hoofdzakelijk tot handelaars en ambachtslui richt, kan dus niet volstaan om een analogische toepassing van deze wet, langs art. 1382 B.W. om, uit te sluiten.

78. Indien vergelijkende warenonderzoeken door radio of televisie zouden worden uitgezonden dan geldt het verbod neergelegd in art. 28 § 3 der W. 18 mei 1960. Hiervolgens is "verboden uitzendingen te doen die een karakter van handelspubliciteit vertonen en andere publikaties te doen dan de programma's der uitzendingen." Wat het begrip handelspubliciteit inhoudt wordt niet gepreciseerd door de voorbereidende werken, doch dient te worden verstaan in de zin van art. 19 WHP (248). Wel verklaarde de Minister van Cultuur propaganda voor de Algemene Spaar- en Lijfrentekas niet als handelspubliciteit in de zin der wet te beschouwen, wat bij meerdere parlementsleden vrij heftige reacties uitlokte en waarbij gewezen werd op het feit dat de ASLK een kredietmaatschappij is, waaraan omwille van haar parastataal karakter bijzondere voorrechten worden toegekend, wat neerkomen zou op oneerlijke concurrentie tegenover privémaatschappijen. Eenstemmigheid bestond er nopens het feit dat de

(298) Daarover infra . Er kan hierbijaansluitend, ook op worden gewezen dat art. 1,5° of in zijn laatste lid, W.30 dec.1963 betreffende de erkenning en de bescherming van de titel van beroepsjournalist, evenmin reclame definieert.

medewerking van de radio- en televisie-instituten kon worden gevraagd ten voordele van niet-commerciële werken en akties, als bv. van het Rode Kruis van België (299).

De Raad van State heeft in zijn advies van 7 juli 1972 dat verwijst naar een vroeger advies van 23 maart 1960 aan de Minister van Cultuur te kennen gegeven dat moeten beschouwd worden als "émissions revêtant un caractère de publicité commerciale interdites, uniquement les émissions qui ont ... pour objet de vanter les produits ou les services de personnes physiques ou morales se livrant à une activité lucrative et pour but de servir les intérêts privés de ces personnes."

Veel strenger waren nochtans de burgerlijke rechtbank en het Hof van Beroep te Brussel (300) die handelspubliciteit zagen in het feit dat het satirisch-informatieve programma "Echo", ter gelegenheid van een reportage over een confettifabriek, die met name werd genoemd, deze lichtvaardig bestempelden als de enige in België en deze uitspraak een fout achtten tegenover een andere producent van confetti in België. Daar eiser geen schade kon aantonen werd de eis afgewezen. Opvallend is dat zonder onderzoek naar de bij de reporters voorzittende bedoelingen, hun uitingen als reclame werden gekwalificeerd.

Indien echter handelspubliciteit wordt gemaakt in de zin van art. 28 § 3 der wet dan valt de uitzending niet onder het begrip "nieuwsuitzending" van art. 28 § 1 en dan is deze uitzending aan de voorafgaande beslissing van de Raad van Beheer onderworpen. Indirekt kan dan de Minister van Cultuur ingrijpen vooraleer de uitzending begint (301), daar krachtens art. 23 der wet (302) art. 9 van de

(299) Parl. Besch., Kamer, nr. 439-4 van 18 febr. 1960, blz. 27.

(300) Rb. Brussel, 4 febr. 1969 en Brussel, 24 maart 1974, DIJCKERS v. BRT, niet gepubliceerd.

(301) Voor nieuwsuitzendingen is dit krachtens art. 28 § 1 onmogelijk. Zie Parl. Hand., Kamer, 4 mei 1960, blz. 78.

(302) Zie ook: art. 28 § 2 der wet.

wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, de regeringscommissaris beroep kan instellen tegen de tenuitvoerlegging van elke beslissing van de Raad van Beheer die hij met de wet of het algemeen belang in strijd acht. De Minister doet dan binnen de vijftien dagen uitspraak over het beroep, dat opschortende werking heeft.

Zeker is dat de instituten van radio- en televisie, gezien hun monopolie-positie, hun karakter van openbare instelling, hun ruime invloed en het feit dat zij erg bloot staan aan kritiek, meer nog dan een verbruikersorganisatie, erover moeten waken objectief en zakelijk over de bekomen onderzoeksresultaten te rapporteren (303). Aangezien het gesproken woord veel vluchtiger wordt opgenomen dan het geschreven, moeten voorbehouden en nuanceringen veel duidelijker worden weergegeven. Gezien hun speciale positie moeten zij, sterker nog dan een verbruikersorganisatie, waken over de deskundigheid en de onpartijdigheid van diegenen die de tests doorvoerden (304).

(303) Aldus bekwam de firma Nestlé in 1969 een recht op antwoord vanwege de RTB omdat een journalist beweerde had dat de vermelding "fantaisie" op een etiket aanduidde dat dit woord wees op een produkt van mindere kwaliteit: confiture de fantaisie (zie art. 6 § 2 Reg. B. 15 mei 1945 betreffende de eetwaren gemaakt of bereid met vruchten of plantaardige stoffen en soortgelijke eetwaren, Staatsbl., 8 juli 1945), terwijl hij deze commentaar vergezeld liet gaan van de projectie van het etiket van cacaopoeder Nesquick (merk van eiseres) waarop voorkwam fantaisie au cacao (Zie: art. 4 § 2 K.B. 20 dec. 1966 betreffende cacao en chocolade, Staatsbl., 1 febr. 1967). De journalist preciseerde in een latere uitzending dat het verschil dat bestaat tussen cacaopoeder (dat wettelijk een zekere hoeveelheid cacaoboter moet bevatten) en de cacaofantaisie (die dit minimum niet bevatten), totaal los staat van de kwaliteit van deze beide produktsoorten.

(304) Een argument daartoe zou ook kunnen geput worden uit de tekst zelf van art. 28 § 3 der wet waarvolgens "uitzendingen verboden zijn die een karakter van handelspubliciteit vertonen", t.t.z. bepalend is de wijze waarop de uitzending overkomt bij het publiek; kan daaraan twijfel bestaan dan moet duidelijk worden gesteld dat de uitzending geen publicitair oogmerk heeft.

79. Bij de beoordeling der aansprakelijkheid dienen de voorwaarden daarvan: schade, fout en een oorzakelijk verband tussen beide te worden bewezen. Bij haar beoordeling wordt de schade gezien als de aantasting van het concurrentievermogen der als slecht of minder goed beoordeelde producent of verkoper, doordat zijn handelszaak een waardevermindering zal ondergaan door aantasting van haar bestanddelen. De concurrentiële positie wordt ondermijnd, de faam der produkten wordt aangetast en het image van het merk vermindert. Ook een gedeelte van het effect van de gevoerde reclame gaat teniet, zodat nieuwe reclame nodig kan blijken. Aan het zeker bestaan van de schade kan dus niet getwijfeld worden, daar zij zich meestal zal doorzetten in een vermogensvermindering, waarvan de omvang weliswaar moeilijk kan worden bepaald. En alhoewel de rechten van de ondernemer op zijn handelszaak en haar bestanddelen, omzet, klientele, goodwill, uithangsbord, nergens door de wet tegen aantasting worden beschermd, toch mag de ondernemer eisen dat de aantasting door andere handelaars of ambachtslui met faire middelen gebeurt en door niet-economisch of in de branche niet actieven ter bevordering van een rechtmatig doel, steunend op juiste gegevens en ingekleed in een zakelijke vormgeving (305). Dit vormt dat de overgang naar het foutvereiste. Zou het doorvoeren van een vergelijkend warenonderzoek principieel foutief zijn, dan is bij schade na de doorvoering meteen ook het oorzakelijk verband aannemelijk, en is aan alle vereisten voldaan opdat de schadeloosstellingseis zou kunnen worden toegewezen. Is er geen foutieve gedraging, dan moet de schade die uit de principieel rechtmatige handeling volgt, door de ondernemer worden geduld, zoniet zou de zelfstandigheid van het foutvereiste worden mis-

(305) DUPLAT, o.c., blz. 332; Brussel, 2 maart 1911, P.P., 1912, 1368; Paris, 12 nov. 1962, D., 1962, Somm., 55.

Zie ook de rechtspraak inzake boycott, en vooral die betreffende de oproep of de aansporing tot boycott. Zie ook hierboven noot 213.

kend (306). Zoals hoger aangetoond, dient het vergelijkend waren-onderzoek principieel als rechtmatig te worden beschouwd. Onderzoeken wij dus het lot van fouten in en rond het onderzoek en zijn publicatie. Hierbij dient even teruggekomen te worden op het hoger verklaarde, dat het Belgische recht geen onderscheid maakt bij de grondwettelijke bescherming tussen feiten, waardeoordelen en meningen. Bij de beoordeling der aansprakelijkheid van de pers wordt, daar het geuite steeds één der drie vormen aanneemt, wel rekening gehouden met dit onderscheid. Zo wordt de mening in strikte zin, - het uiten der diepste persoonlijkheid door het innemen van een standpunt ten overstaan van algemene problemen - beschermd tot zolang deze uiting geen misdrijf inhoudt. Deze vrijheid strekt zich dus uit tot waar het strafrecht perken stelt (307). Dit is normaal daar zij door haar algemeen karakter slechts zelden persoonlijke belangen zal in gevaar brengen. Nochtans kan een inbreuk op de strafwet erdoor geschieden en zullen eerroof, laster, belediging en andere inbreuken tegen de eer en de achting die men aan anderen verschuldigd is, buiten de bescherming der meningsvrijheid worden gebannen. Dit zal vooral zo zijn zo meningen worden overgedragen op persoonlijke toestanden of op feitelijke gegevens. Meteen verliezen zij hun karakter van zuivere meningsuiting en wordt de mededeling een waardeoordeel. Daar is de beoordeling strenger. Buiten de kritiek der pers is, behoudens rechtvaardiging,

(306) Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (154). Met VAN GERVEN, a.c., R.W., 1960-61, 609 (622 e.v.) kan men stellen dat schadetoebrengende of met schade dreigende handelingen, waarvoor geen schuld in hoofde van de handelende aanwijsbaar is, in principe niet met een vordering tot ophouden gesanctionneerd zijn, omdat en indien de schadetoebrengende persoon gebruik maakt van een hem toekomend recht. Te goeder trouw verspreide of ondanks alle genomen voorzorgen en professionele ernst verkondigde, onjuiste berichten kunnen aldus geen aanleiding geven tot schadeloosstelling. Schadeloosstellend zou nochtans diegene zijn, die na een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, waarin de onjuistheid werd vastgesteld, deze beweringen nog verder blijft verspreiden, of, indien hem dit zonder veel moeite mogelijk is en hij daartoe een morele plicht heeft, de onjuistheid niet recht zet in een latere publicatie.

alles gebannen wat de privésfeer (308) aangaat (309), en a fortiori die waardeoordelen die een strafbare inbreuk inhouden. Op alles wat werkelijk openbaar is, is kritiek toegelaten (310).

(307) WIGNY, o.c., blz. 336; TAPIE, GOFFIN en VAN PEE, *Equivoques d'une liberté*, J.T., 1956, 625; SCHUERMANS, o.c., blz. 157; HAYOIT DE THERMICOURT, *Le délit de presse*, P.P., 1938, 395 (398); Brussel, 26 déc. 1863, Pas., 1864-II-52.

(308) De privésfeer kan worden bepaald als die activiteitenkring die normaal niet valt in het blikpunt van een rechtmatig belang van kennisneming in hoofde van het publiek, hoewel deze activiteiten mogelijk voor anderen dan de handelende persoon waarneembaar zijn. De betrokkene dient daarin ongemoeid te worden gelaten en beslissingen daaromtrent op eigen verantwoordelijkheid en volgens eigen levensinzicht te kunnen treffen, zonder inmenging van buiten uit. Zij omvat de fysische verschijningsvorm, de niet-openbare levensloop en het karakterbeeld: H.VANDENBERGHE, a.c., R.W., 1969-70, 1457 (1463). A fortiori voor de intimiteitssfeer als harde kern en bakermat der persoonlijkheid binnen deze privésfeer. Zij is het laatste onaantastbaar bolwerk van menselijke vrijheid, een ruimte van stilte en ongestoordheid, de bron van individueel leven en scheppende creativiteit, welke fundamenteel ook voor vrienden en bekenden niet toegankelijk is, het uitgangspunt en het schuiloord van een autonome levensbeleving. Deze kern omvat fundamentele waarden van een persoon en het belang op hun geheimhouding mag slechts in uiterste nood omgaan worden. Zie: Rb. Brugge, 4 april 1939, R.W., 1939-40, 820; Hasselt, 29 maart 1905, P.P., 1905, 144; Gent, 7 maart 1906, P.P., 1906, 329.

(309) Brugge, 28 nov. 1869, B.J., 1870, 41; Brussel, 2 juni 1849, Pas., 1849-II-307; Gent, 4 maart 1907, Pas., 1907-II-287; Rb. Brussel, 3 juli 1922, gecit. bij DUPLAT, o.c., blz. 330; Luik, 11 maart 1936, Pas., 1936-II-75 en P.P., 1937, 174; POIRIER, o.c., blz. 148; DUPLAT, o.c., blz. 326 en 291; SCHUERMANS, o.c., blz. 137; DAICQ, o.c., nr. 1272, blz. 427 met verdere verwijzingen en nr. 1267, blz. 426.

(310) Vgl. Rb. Brussel, 16 april 1934, P.P., 1934, 606.

Waar de grenzen van de meningsuiting in strikte zin reiken tot de grenzen door de strafwet getrokken, liggen deze voor de mededeling van waardeoordelen of van feiten daaroverheen en impliceren zij de burgerrechtelijk gesanctioneerde fout (311). Gezien het doel en de bestaansreden van de pers is dit normaal. Bij het publiek noch bij de pers bestaat er een rechtmatig belang tot mededeling of tot kennisname van onjuiste gegevens. Zulke waarborg zou excessief zijn. Het Hof van Cassatie heeft immers terecht verklaard dat de persvrijheid of de vrijheid van meningsuiting geenszins vermogen de regels der burgerrechtelijke aansprakelijkheid tenzijde te stellen (312).

Is dus de omvang van de aansprakelijkheid dezelfde voor feiten en waardeoordelen op quasi-delictueel gebied, en worden zij beheerst door dezelfde regels, dan dient toch gewezen op het verschil in de strafrechtelijke behandeling. Een persmisdrijf kan inderdaad niet door een feitenmededeling worden gepleegd. Het geschrift moet een intellectswerk inhouden, het produkt of de uitdrukking van enige verstandelijke activiteit (313). De meeste drukkerij misdrijven betreffen dan ook de weergave van feiten, voor zover ze niet bepaalde wettelijke vereisten sanctioneren (314).

80. Bij een nadere omschrijving der aansprakelijkheid van testorganisaties kan de rechtspraak over de aansprakelijkheid van de

(311) Cass., 24 jan. 1863, Pas., 1864-I-110 (116), fils du bureau d'Arras; Cass. 19 dec. 1912, Pas., 1913-I-37, brief uit den hemel. Zo een warrantbericht door radio of televisie uitgezonden wordt is er een verplichting tot objectiviteit af te leiden uit art. 28 § 1, W.18 mei 1960.

(312) Cass., 4 dec. 1952, R.C.J.B., 1956, 33, noot DASSESSE, Strebelle; Vgl. SCHUERMANS, o.c., blz. 33; VRANCKX, De vrijheid van drukpers in gevaar, Liber Amicorum FREDERICQ, 1125 (1136); VANDENBERGHE H., o.c., blz. 5; DALCQ, o.c., nr. 1245.

(313) Vaste rechtspraak: Cass., 7 dec. 1971, R.W., 1971-72, 1005; Cass., 31 mei 1937, J.T., 1937, 340; Cass., 9 nov. 1925, Pas., 1926-I-51; Cass., 22 febr. 1965, Pas., 1965-I-636. Zie ook: Cass., 28 juli 1884, Pas., 1884-I-301; Brussel, 26 dec. 1863, Pas., 1864-II-52; Gent, 30 juni 1971, R.W., 1971-72, 1017. HAYOIT DE THERMICOURT, .../...

pers, van de personen die inlichtingen geven en van de geschiedkundige, aanwijzingen geven die een meer nauwkeurige omschrijving van de aansprakelijkheid van de testorganisatie toelaten. Principeel is dit een aansprakelijkheid voor de bekendmaking van feiten en de kritiek op economische prestaties. Het principiële recht om zich hierover te uiten wordt niet meer betwist, terwijl ook een grote vrijheid tegenover het onderwerp wordt gegarandeerd. Een aanspraak op schadeloosstelling ontstaat slechts zo er een tekortkoming aantoonbaar is tegenover de wetenschappelijke of professionele deontologie, waardoor schade wordt toegebracht en niet louter uit het feit dat de concrete en correcte behandeling van het onderwerp schade veroorzaakt (315). Omwille van dit laatste feit echter moet de kritiek binnen de perken van de juistheid der feiten en van hun interpretatie blijven (316). De mededelende heeft een controleplicht en dient zijn kenbronnen zorgvuldig na te gaan (317). Onder dit voorbehoud kan een scherpe vormgeving geoorloofd zijn, alhoewel bij overdrijving zijn aansprakelijkheid in het gedrang kan komen,

.../... a.c., P.P., 1938, 395 (398); MAST, in Administratief Lexicon, Tw. Vrijheid van drukpers, nr. 43; VAN HOUDT en CALLEWAERT, Belgisch Strafrecht, II, nr. 592 e.v., blz. 306.

(314) Zie art. 299 Sw.; art. 253 B.W.; art. 5, W. 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord. Daartegenover: art. 303 Sw.; art. 2, W. 24 okt. 1902; art. 311 Sw.; K.B., nr. 67 van 30 nov. 1939.

(315) Vgl. H.VANDENBERGHE, o.c., blz. 7 e.v.; adde: Brussel, 30 juni 1975, J.T., 1975, 534.

(316) Vaste rechtspraak: Brussel, 25 juli 1874, B.J., 1875, 804; Rb. Brussel, 21 febr. 1934, J.T., 1934, 236. DUPLAT, o.c., blz. 257; DALCQ, o.c., nr. 1272 e.v., blz. 427; VANDENBERGHE H., o.c., blz. 6 e.v. alle met verdere verwijzingen.

(317) VANDENBERGHE H., o.c., blz. 7 e.v.; Cass., 4 dec. 1952, R.C.J.B., 1956, 33, noot DASSESSE, Strebelle; Brussel, 18 dec. 1912, Pas., 1913-II-39; Luik, 11 maart 1936, Pas., 1936-II-75; Rb. Brussel, 29 april 1936, J.T., 1936, 274. Zie art. 28 § 1 W. 18 mei 1960, voor radio en televisie (plicht tot objectiviteit voor nieuwsuitzendingen). Nieuwsuitzendingen zijn objectieve weergaven van feiten en de zich daaruit logisch opdringende waardeoordelen. Vgl. RIMANQUE, a.c., RW, 1969-70, 1601 (1644). Vgl. art. 1, sub a) W. 30 dec. 1963.../...

omdat de publicatie dan beledigend kan worden geoordeeld (318). Zijn aansprakelijkheid komt niet in het gedrang zo hij slechts de behartiging van het algemeen belang en de voorlichting van het publiek op het oog had, en geen eigenbelang of particuliere belangen wenst te bevorderen, alhoewel hij nooit van een volstrekte immuniteit kan genieten (319).

Tracht men deze vrij vage omschrijving wat verder te preciseren, dan bieden rechtsleer en rechtspraak vrij weinig concrete gegevens daartoe. Soms wordt, uitgaande van het concrete geval, zozeer de nadruk gelegd op het feit dat de journalist het algemeen belang behartigde, dat de rechter dit als enig motief (320) of als rechtvaardiging voor kleinere tekortkomingen van de berichtgeving (321) aanvaardt. Soms preciseert de uitspraak welke motieven

.../...betreffende de erkenning en de bescherming van de titel van beroepsjournalist, waar deze omschreven worden als "die welke eensdeels, nieuws verstrekken dat betrekking heeft op het actualiteitsgebeuren in 't algemeen en, anderdeels, die welke zich richten tot de lezers, de luisteraars en de toeschouwers in 't algemeen;".

(318) Brussel, 2 juni 1849, Pas., 1849-II-307; Antwerpen, 6 april 1887, J.T., 1887, 527; Antwerpen, 7 dec. 1887, Pas., 1888-III-95; Rb. Luik, 31 mei 1905, Pas., 1909-III-308; Brussel, 18 dec. 1912, Pass., 1913-II-39; Rb. Brussel, 24 febr. 1960, J.T., 1960, 507.

(319) Vgl. Cass., 4 dec. 1952, R.C.J.B., 1956, 33, noot DASSESSE, Strebelle; Brussel, 9 dec. 1958, J.T., 1959, 258, noot DALCQ; Verviers, 19 dec. 1900, P.P., 1902, 289 (résumé) met uitvoerige verwijzingen in noot; Brussel, 12 nov. 1974, R.W., 1974-75, 1711 besproken onder nr. 63.

(320) Rb. Ieper, 15 maart 1867, B.J., 1867, 616, besproken bij SCHUERMANS, o.c., I, blz. 148; Rb. Brussel, 10 nov. 1886, Pas., 1887-III-13; Luik, 11 maart 1936, Pas., 1936-II-75; SCHUERMANS, o.c., II, blz. 475.

(321) Rb. Brussel, 1 maart 1933, P.P., 1933, 133: "... un journal belge accomplit son devoir en blâmant sévèrement quelqu'un qui a osé écrire et qui déclare ne pas s'en repentir: "J'espère bien être encore en vie au jour où l'Allemagne victorieuse dictera, sans leur avoir permis de le discuter, une paix infâme à ses ennemis.";... l'accomplissement d'un tel devoir exclut la méchanceté;" Rb. Brussel, 16 april 1934, P.P., 1934, 365: "Que les appréciations et les considérations ... ne dépassent ni dans leur esprit ni dans leurs termes les limites de la critique qu'un journaliste doit res- .../...

die leidden tot de berichtgeving, zij veroordelenswaard acht: beweringen geïnspireerd door persoonlijke animositeit, wat zich dan ook meestal concretiseert in het feit dat overdreven bewoordingen of een verkeerde voorstelling van zaken werden gebruikt (322); partijdigheid, welke vooral van historici wordt gelaakt (323) of gelijk welke particuliere motieven, die leidden tot een onjuiste of beledigende voorstelling der gebeurtenissen (324). Nu mag men wel stellen dat een krant steeds als verwijderd motief ook heeft, in en door haar berichtgeving haar omzet en haar gezag te vergroten, wat toch zeer duidelijk particuliere en egoïstische motieven zijn. Nochtans gebeurt deze belangen nastreving door de concrete journalistieke arbeid van journalisten die wellicht niet als eerste bekommernis bij hun taak hebben de pecuniaire belangen van hun krant te dienen, terwijl nastreving van gezag in de berichtgeving een sterke drijfveer moet zijn voor objectiviteit. De nastreving van het eigenbelang moet dus gebeuren door de journalist, om redenen die hem eigen zijn en die daarom niet noodzake-

.../... pecter même lorsqu'il a la conviction de dénoncer des négligences, erreurs ou abus de nature à compromettre l'intérêt général et les finances publiques;"

(322) Hasselt, 29 maart 1905, P.P., 1905, 144: "Qu'il en résulte que, si ce motif d'intérêt public n'existe pas, s'il est établi que la divulgation a eu lieu, non pour éclairer les électeurs, mais pour causer un préjudice ou satisfaire à un sentiment d'animosité, la tolérance de la justice n'a plus sa raison d'être;..."

Rb. Brussel, 29 april 1936, P.P., 1936, 230 met noot: "Que rien... ne permet d'affirmer que le défendeur aurait obéi à des mobiles d'animosité personnelle contre le demandeur; qu'il semble bien, au contraire, qu'il n'a été inspiré que par ce qu'il estime être une juste conception de l'intérêt public."

(323) Rb. Brussel, 22 juni 1932, P.P., 1932, 463; Rb. Brussel, 10 mei 1933, P.P., 1933, 218; Rb. Brussel, 29 april 1952. Pas., 1952-III-121; POIRIER, o.c., blz. 148. Adde: Brussel, 30 juni 1975, J.T., 1975, 534: "... aussi longtemps que l'écrivain ou l'historien accomplit sa tâche de manière probe et sans intention malicieuse, il faut admettre qu'il puisse évoquer le comportement privé des personnages publics qu'il étudie, aussi loin que nécessaire pour expliquer les événements historiques auxquels ils furent mêlés (Rép.prat.dr.belge, compl.v^o "Diffamation, calomnie, dénonciation méchante", n^o 35 quater); (cursivering in de tekst van mij, L.B.)

lijk ook voor de krant als dusdanig dienen te gelden. Dit is zonder meer duidelijk, wanneer een journalist door behartiging van egoïstische motieven tekort schiet aan zijn plichten van zorgvuldigheid en hij aan radio en televisie verbonden is: de omroep als zodanig kan deze motieven niet delen (325). Doel van de berichtgeving moet dus zijn de nastreving van eigenbelang en dit moet duidelijk, en op een voor een ander schadelijke manier, tot uiting komen in de concrete berichtgeving. Alle berichtgeving waarvan één krant of periodiek geschrift de spits afbeet, kan ertoe leiden dat lezers van andere bladen toestromen, doch dit is een normale vorm van concurrentie tussen dagbladen en periodieken (326). Slechts zo duidelijk rechtstreeks een hem eigen particulier belang door de journalist wordt nagestreefd, dan is dit, bij onjuistheid of onzakelijke weergave, een element van de fout, een verzwarende omstandigheid of, zo de rechtstreeks geviseerde een rivaliserende krant is, een daad van oneerlijke mededinging, de fout zelf (327). Het bekend maken van feiten geeft aldus slechts aanleiding tot schadeloosstelling, zo na onderzoek blijkt dat deze verkeerd waren en de mededelende de onjuistheid had kunnen en moeten kennen (328) of zo de bekendmaking een lasterlijk karakter heeft of een

(324) Luik, 11 maart 1936, Pas., 1936-II-75. Vgl. Verviers, 20 jan. 1897, P.P., 1900, 84.

(325) Zie art. 28, § 1 W. 18 mei 1960; *Projet de bonne conduite en matière d'information. La libre Belgique*, 17 jan. 1975, 1. Vgl. Rb. Brussel, 4 febr. 1969 en Brussel, 24 maart 1974, *DIJCKERS v. BRT*; art. 1, 5° W. 30 dec. 1963 betreffende de erkenning en de bescherming van de titel van beroepsjournalist.

(326) G. VAN HECKE, noot onder Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1948, J.T., 1948, 409, (411); a contrario: Verviers, 19 dec. 1900, P.P., 1902, 289, met noot (résumé).

(327) POIRIER, o.c., nr. 192; G. VAN HECKE, noot onder Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1948, 409 (411).

(328) Ieper, 15 maart 1867, B.J., 1867, 616; Rb. Brussel, 31 jan. 1882, Pas., 1882-III-44; Rb. Brussel, 14 mei 1884, J.T., 1884, 705; Rb. Brussel, 2 juli 1901, P.P., 1901, 933; Rb. Luik, 16 nov. 1931, Jur. Liège, 1932, 28; Luik, 11 maart 1936, Pas.,

belediging uitmaakt. De onrechtmatigheid kan ook het gevolg zijn van de termen of van de vormgeving van het artikel (329). De aansprakelijkheid van de publicerende persoon komt niet in het gedrang zo hij duidelijk en niet mis te verstaan voorbehoud maakt (330) of zo zijn kenbronnen niet toelieten de juiste gegevens te achterhalen (331) of zo de officiële stukken die hij raad-

.../...1936-II-75; Rb. Brussel, 29 april 1936, J.T., 1936, 274; Neufchâteau, 31 mei 1961, Jur. Liège, 1960-61, 292; DUPLAT, o.c., blz. 257; POIRIER, o.c., blz. 148.

((329) Rb. Brussel, 14 mei 1884, J.T., 1884, 705; Rb. Brussel, 14 april 1884, J.T., 1884, 819; Rb. Brussel, 2 juli 1901, P.P., 1901, 933; Antwerpen, 6 april 1887, J.T., 1887, 527.

Men is ruimer w.b. een controverse of een bespreking in politieke aangelegenheden: zie bv. Get, 4 dec. 1900, P.P., 1900, 1499; Hasselt, 29 maart 1905, Pas., 1905, III, 200; Rb. Brussel, 15 jan. 1907, P.P., 1907, 409; Rb. Brussel, 9 april 1929, P.P., 1930, 123; Rb. Brussel, 29 april 1936, 403, met noot; Rb. Neufchâteau, 31 mei 1961, Jur. Liège, 1960-61, 292.

Wat betreft de uitwendige vormgeving, de concrete wijze waarop het bericht verspreid werd onder het publiek, schijnt de rechtspraak niet vlug daarin, en daarin alleen de reden der onrechtmatigheid te willen leggen. Zie: Rb. Brussel, 13 dec. 1850, R.J. 1851, 71 met advies O.M., met instemming besproken bij SCHUERMANS, o.c., I, blz. 150 e.v.: "Attendu que les reproches publics adressés par voie d'affiches ne revêtent pas, à raison de cette forme, un caractère injurieux que par eux mêmes ils n'ont pas; attendu que l'affiche est un mode de publication aussi légal que tout autre." Zie nochtans w.b. de wijze van het maken van reclame voor een pijnstillend middel, het verbod om methodes (i.c. het rondrijden met een auto met luidspreker waarlangs de reclame wordt omgeroepen) die als "barnumachtig" worden betiteld, te gebruiken: Voorz. Kooph. Brussel, 27 maart 1953, Ing. Cons., 1954, 60, bev. Brussel, 28 april 1954, Ing. Cons., 1954, 57.

(330) Antwerpen, 22 mei 1883, J.T., 1883, 426; Kooph. Brussel, 26 jan. 1935, J.C.B., 1935, 277.

(331) Rb. Brussel, 14 mei 1884, J.T., 1884, 705; Rb. Luik, 16 nov. 1931, Jur. Liège, 1932, 28; Luik, 11 maart 1936, Pas., 1936-II-75; Rb. Brussel, 8 april 1963, J.T., 1963, 403. De toepassing hiervan op het vergelijkend warenonderzoek lijkt eerder dubieus te zijn, gezien haar doelstellingen en daarom beperkt tot randgevallen. Zie echter: Rb. Brussel, 29 okt. 1968, inzake RBP tegen UFIDEC et alii, waar dit aangenomen wordt jegens moeilijkheden bij de staalneming.

pleegde de oorzaak waren van de verkeerde mededeling (332). Nochtans moet de mededelende persoon niet alleen feiten bekend maken, doch mag hij ook kritiek uitoefenen. Bij een vergelijkend warenonderzoek is dit, net als voor de financiële pers, een in het belang van het publiek op te nemen plicht en aldus gebiedt deze opdracht dat men zich niet verschuilt achter louter lovende uitlatingen, wanneer dit niet aangewezen is (333). Nochtans moet ook hier de discussie naar vorm en inhoud binnen de perken van het behoorlijke blijven (334) en de persoonlijkheidsrechten van ondernemer en onderneming respecteren (335). Het gunstig of ongunstig karakter oefent geen invloed uit op de rechtmatigheid van de kritiek (336), alleen de juistheid ervan is bepalend. Daartoe verplichten de kritische aard der mededelingen alsmede de deskundigheid waarop door het aangesproken publiek en de betrokken ondernemers mag worden gerekend in hoofde van de critici. Matigt men zich een zekere autoriteit toe of wekt men de schijn bijzonder competent terzake te zijn, dan dient het gepubliceerde daaraan te

(332) Brussel, 10 mei 1889, B.J., 1889, 440; Kooph. Brussel, 9 april 1883, J.T., 1883, 348 : afdrukken op de lijst van de geprotesteerde wissels van de naam van een persoon die ook ten onrechte figureert op de lijst der protesten van de griffie van de rechtbank van koophandel, brengt geen aansprakelijkheid met zich mee voor diegene die tot de nieuwe publicatie overging.

(333) SCHUERMANS, o.c., blz. 475; Rb. Brussel, 10 nov. 1886, Pas., 1887-III-13; Kooph. Gent, 29 april 1937, R.W., 1937-38, 1653.

(334) DUPLAT, o.c., blz. 257.

(335) Vred. Antwerpen, 29 jan. 1936, R.W., 1935-36, 1499; Rb. Brussel, 9 maart 1938, R.W., 1937-38, 1718. Voor rechtspersonen, zie: VAN GERVEN, Algemeen Deel, nr. 45; Brussel, 14 april 1936, J.T., 1936, 509; Vgl. Rb. Brussel, 27 juni 1962, J.T., 1962, 662, Guides Haller, waarop kritiek infra.

(336) Vgl. Kooph. Brussel, 13 nov. 1913, J.C.B., 1914, 36 voor een inlichtingsagentschap.

beantwoorden en zal de beoordeling strenger zijn (337).

81. Bij een veroordeling tot schadeloosstelling kan deze gemilderd worden door de goede trouw van de mededelende (338), of door het feit dat deze reeds een rechtzetting publiceert (339). Dat de betroffene al dan niet van zijn recht op antwoord gebruik maakte is irrelevant voor de schadebegroting. Het recht op antwoord is een recht waarvan de betroffene vrij gebruik maakt. Zijn antwoord moet wettelijk verplicht worden gepubliceerd, zo het aan de voorwaarden voldoet en vermindert in genen dele de aanspraken die hij uit hoofde van andere wetsbepalingen kan uitoefenen (340).

82. Wat betreft de vorm der schadeloosstelling heeft het herstel in specifieke vorm voorrang op de geldelijke vergoeding en beschikt de rechter over een ruime en soevereine beoordelingsmacht bij het bepalen van de vorm der schadeloosstelling (341). Aldus kan de

(337) Kooph. Brussel, 21 maart 1935, J.C.B., 1936, 187 dat daarnaast voor een bank nog vereist dat de adviezen volledig zouden zijn en opgesteld door bijzonder bekwame personen. LAGASSE, Les clauses d'irresponsabilité et la profession de banquier, Rev. Banque, 1947, 35 (38-39) stipt bij dit vonnis aan dat door de feitelijke oplossing van het geschil en de overweging dat een bank de goede afloop van bepaalde transacties niet hoeft te waarborgen, het vonnis ertoe komt de eerst gestelde regel te ontkennen. Zie verder: DUPLAT, o.c., blz. 57 en 326-327; POIRIER, o.c., blz. 148.

(338) Brussel, 12 nov. 1881, Pas., 1882-II-404. Goede trouw volstaat echter niet om de onrechtmatigheid op te heffen : Kooph. Luik, 20 febr. 1907, Jur. Liège, 1907, 110.

(339) Rb. Brussel, 18 nov. 1885, J.T., 1885, 1379. Verdere verwijzingen bij VANDENBERGHE H., o.c., blz. 32, voetnoot 120. Ook een afgezwakte vorm van "amende honorable", als bv. de vrijwillig aangeboden verontschuldiging vanwege de publicerende persoon, komen in aanmerking: NUYTINCK J., Een broze waarde: de eer en de goede naam, R.W., 1961-62, 609 (625); RONSE, Aanspraak, nr. 721, blz. 470.

(340) Vgl. VANDENBERGHE H., o.c., blz. 18 met uitvoerige verwijzingen; Hoei, 3 april 1926, Pas., 1926-III-167.

(341) RONSE, Schade, nr. 1223-1224 en 289 e.v.; RONSE, Aanspraak, blz. 291 e.v. DE PAGE, o.c., II, nr. 1026, blz. 1067 e.v.; PIRSON en DE VILLE, o.c., I, blz. 544, nr. 223; DALCQ, o.c., nr. 4138 e.v.; KLUYSKENS, o.c., I, nr. 375 ter.

rechter bepaalde publicatiemaatregelen treffen (342), aangepast aan de aard van de fout en de schade. De verdere verspreiding van het testbericht kan verboden worden, indien niet aan bepaalde voorwaarden is voldaan (343), een rectificatie kan bevolen worden (344), naast of in de plaats van een geldelijke genoegdoening. De verplichting om als schadeloosstelling de test opnieuw, volgens objectieve criteria, door te voeren en te publiceren, kan niet uitgesproken worden, omdat zulke veroordeling een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting en van drukpers in hoofde der testorganisatie zou uitmaken en er even of meer efficiënte wijzen van schadeloosstelling bestaan. Bovendien is de tenuitvoerlegging door dwang van zulk rechterlijk bevel onmogelijk, wegens de onmogelijkheid door dwang de schuldenaar persoonlijk een bepaalde handeling te doen stellen (345).

83. Twee bijkomende vragen dienen hierbij aansluitend nog te worden behandeld: kan de ondernemer die door een vergelijkend warenonderzoek meent te zullen schade lijden, vóórde openbaarmaking van het testbericht daartegen optreden, en kan een recht op

(342) RONSE, schade, nr. 300-301 en 1216 e.v.; RONSE, Aanspraak, nr. 722 e.v. DALCQ, o.c., nr. 4177; Rb. Gent, 14 okt. 1968, R.W., 1968-69, 1034, hervormd door Gent, 26 april 1973, R.W., 1973-74, 480 noot L.GALAUDE, dat echter niets afdoet aan de principiële mogelijkheid dat de voorlezing van een vonnis door de televisie-omroep als schadeloosstelling kan moeten worden uitgezonden.

(343) Zie: RONSE, Schade, nr. 1221; POIRIER, o.c., blz. 462; RONSE, Aanspraak, nr. 732. Slechts zo het om buitengewoon zwaarwichtige feiten gaat, zal de rechter in kortgeding zulke maatregelen kunnen bevelen: Brussel, 30 juni 1975, J.T., 1975, 534.

(344) Kooph. Brussel, 28 nov. 1904, Pas., 1905-III-78; Voorz. Kooph. Brussel; 2 april 1973, Ing. Cons., 1973, 54; Wetsvoorstel tot wijziging der wet van 14 juli 1971 van de H. DEGROEVE, Parl. Besch., Kamer, 1974, nr. 85-1, besproken door J.J. EVRARD, A propos de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, J.T., 1974, 621.

(345) Zie: RONSE, De dwangsom in het Belgisch recht, Jaarboek VIII, blz. 107(109).

antwoord uitgeoefend worden op testberichten.

84. Zo de ondernemer wiens produktie zal worden besproken in een vergelijkend warenonderzoek vóór de publicatie en verspreiding onder het publiek van de resultaten van het onderzoek kennis krijgt doordat ze hem ter verificatie worden toegezonden, of zo een ontwerp van het testbericht hem wordt gezonden, dan zou hij kunnen trachten van de rechter een uitspraak te verkrijgen die de voorgenomen publicatie van bepaalde voorwaarden afhankelijk maakt. Hoewel de schadelende handeling nog geenszins voltooid is, door dat het publiek nog geen kennis kon krijgen van het onderzoek, toch is het de vraag of hier geen schade dreigt die zo actueel en zeker is dat een schadeloosstellingseis ontvankelijk is. Allereerst is natuurlijk vereist dat de eisende ondernemer aannemelijk kan maken dat met zijn geformuleerde opwerpingen tegen het hem toegezonden onderzoek geen rekening zal worden gehouden en dat deze gegrond zijn. Er rijst echter ook het probleem of de inmenging van de rechter niet indruist tegende persvrijheid en het verbod van censuur. Hoewel deze grondrechten steeds omschreven worden als garantie tegen willekeur vanwege de overheid, toch rijst de vraag of de rechter - een overheidsorgaan - een optreden vanwege een privépersoon zou mogen sanctioneren dat zou leiden tot een preventief hinderen der pers- en meningsuitingsvrijheid, zonder dat een formele wet dit uitdrukkelijk toelaat (346). De rechter zal immers steeds moeten trachten, via een preciese op de omstandigheden gesteunde belangenafweging, de beperking der grondwettelijke vrijheden tot een minimum te herleiden, zelfs al betreft het geschil twee privépersonen. Anders kan, door de toekenning van te verregaande aanspraken op grond van

(346) Aldus bevat art. 54 WHP een uitdrukkelijke beperking op het censuurverbod, doordat het de poging tot schaden door miskenning van de eerlijke handelsgebruiken sanctioneert en aldus zekere voorgenomen publicaties kan doen verbieden.

een beperkende wet, de aanspraak van hem die steunt op zijn principiële vrijheid van handelen en deze motiveert doordat de grondwet hem deze vrijheid tegenover de staat waarborgt, illusoir worden gemaakt.

Vooraf moet ook worden nagegaan of de voorwaarden voor de toepassing van art. 1382 e.v. B.W. zijn vervuld. Vooral het schade-element dient daarbij aandachtig te worden bekeken. Dat de schade nog niet actueel gerealiseerd is, belet de vordering niet, zo haar toekomstige verwezenlijking actueel maar zeker vaststaat. In deze zin moet de schade zeker en actueel zijn (348). De ondernemer zal moeten aantonen dat de onderzoeksresultaten onjuist zijn, het testbericht onzakelijk gesteld of beiden vervalst door een gebrek aan neutraliteit. Bovendien moet hij daaruit het bewijs leveren dat een ernstige schadebedreiging in het onderzoek ligt, welke zich zal realiseren bij de publicatie en de verspreiding van het testbericht. In dit geval, en op voorwaarde dat in hoofde van de testorganisatie foutief gehandeld werd te zijnen opzichte, zou hij aan de rechter kunnen vragen om maatregelen te treffen om de schade te voorkomen. Dit wordt mogelijk gemaakt door de zeer algemene regel die verbiedt schade toe te brengen, wanneer dit kan vermeden worden, en waarvan art. 1382 B.W. een toepassing uitmaakt (348). Deze hypothese zal zich echter niet gauw

(347) RONSE, Aanspraak, blz. 161; RONSE, Schade, nr. 81 e.v.; FAGNART, Examen de Jurisprudence, nr. 55 met verwijzingen; DALCQ, o.c., nr. 2826; onduidelijk; PIRSON DEVILLE, o.c., nr. 183; DE PAGE, o.c., II, nr. 1020, blz. 1063-64.

(348) RONSE, Aanspraak, blz. 179 onder verwijzing naar PLANIOL en RIPERT, Traité pratique de droit civil français, VI, nr. 545, blz. 749 en nr. 611, blz. 832. Zie ook art. 18 Ger. W. Daarvolgens kan een gedragsnorm worden opgelegd, met het oog op een toekomstige, mogelijke krenking, iets wat niet kan worden gerealiseerd met een vordering tot staking: Voorz. Kooph. Brussel, 4 juni 1973, J.C.B., 1973, 470 (472).

realiseren, daar de toezending der testresultaten precies gebeurt om eventuele fouten te voorkomen, de betroffenen ondernemers een zekere controlemogelijkheid te bieden vóór de publicatie (349). Bovendien mag men niet over het hoofd zien dat het om een meningsuiting gaat en dat de testorganisatie zich eventueel ook (350) op haar auteursrecht zou kunnen beroepen. Dit recht in haren hoofde kan sterker blijken dan het recht om de ondernemer om vrij van onrechtmatige schadetoebrenging te blijven, daar het de rechter kan verhinderen kennis te nemen van de eis, vóór de publicatie of de verspreiding onder het publiek plaats greep. Immers de auteur oordeelt soeverein over het ogenblik waarop hij zijn werk zal publiceren en in het publiek brengen (351) en zo bij de voorbereidselen daartoe het voorgenomen werk geheel of gedeeltelijk ter kennisname van andere personen wordt gebracht in een vorm die duidelijk niet de definitief gewilde is, dan geldt dit niet als publicatie. Zo lang deze niet plaats greep, kan over de mogelijke schade niet geoordeeld worden: daar het werk nog niet in de openbaarheid is gebracht kan over de auteursrechtelijke bescherming en de mogelijkheid van schade nog niet geoordeeld worden: daar het werk nog niet in de openbaarheid werd gebracht, de definitieve vorm ervan nog niet vastligt en het twijfelachtig mag heten of de ondernemer wel een voldoende belang heeft hij de gevraagde maatregelen, gezien de onzekerheid die nog hangt over de publikatie of het feit dat de testorganisatie reeds heeft of nog zal rekening houden met de gemaakte opmerkingen, primeert het persoonlijkheidsrecht van de auteur boven het recht van de ondernemer

(349) Mogelijk echter formuleert de ondernemer bezwaren tegen de toegezonden resultaten en blijkt na een nieuw onderzoek door de testorganisatie dat deze ongegrond waren. Wanneer hem dit wordt medegedeeld zou de ondernemer zich tot de rechter kunnen wenden.

(350) Over de auteursrechtelijke bescherming: infra, deel III,

(351) DUPLAT, o.c., blz. 324. Het kenbaar maken van het werk aan het publiek door de auteur is vereist opdat het werk zou kunnen in beslag worden genomen: art. 9 Auteurswet. POIRIER, Droit d'auteur, nr. 606-607; VAN ISACKER, exploitatierechten, nr. 58 e.v.; RENAULD, Droit d'auteur et contrat d'adaptation, blz. 199 e.v.

voor wie schade dreigt (352). Een overweging van feitelijke aard staat dit nog. Aangezien de bevoegdheid van de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitgesloten is (er is mogelijk wel een spoedeisende zaak, doch de maatregelen die van hem worden gevraagd kunnen niet bij voorraad uitgesproken worden (art. 584 Ger.W.)), daar zij de grond van de zaak raken en het geschil minstens gedeeltelijk oplossen (art. 1039 Ger.W. verbiedt dit), komt de zaak voor de rechtbank van eerste aanleg. De duur van het proces, de moeite en de kosten eraan verbonden, zullen vóór de verspreiding onder het publiek gebeurde, steeds een zekere censuur betekenen, opdat zij de verspreiding zullen tegenhouden. En ook al verloopt de behandeling der zaak snel en wordt de eis afgewezen dan nog kan door het proces de publicatie niet meer actueel en zelfs verouderd zijn. Massaal voorkomen van zulke praktijk zou het vergelijkend warenonderzoek zo zeer belemmeren dat elke mogelijkheid tot tegenspraak vóór de publicatie zou moeten afgeschaft worden en elke controle vanwege de producenten of verdelers van de onderzochte produkten zou achterwege blijven. Gezien de huiverachtige houding der rechtspraak tegenover veroordelingen wegens tergend en roekeloos geding (353), krijgt deze overweging nog

.../...Aldus weigerde het Hof van beroep van Parijs kennis te nemen van een eis tot verbod van bepaalde uitlatingen vóór de publicatie ervan: Paris, 1 maart 1924, D.H., 1924, 337; goedgekeurd bij DUPLAT, o.c., blz. 295.

(352) VAN ISACKER, morele rechten, nr. 75-76 en exploitatierechten, nr. 35. Vgl. WIGNY, o.c., nr. 282; ORBAN, o.c., III, nr. 156 en 180; Cass., 4 april 1955, R.W., 1953-56, 40. De auteur kan niet tot de publicatie gedwongen worden, omdat de rechter de persoonlijke vrijheid moet eerbiedigen bij zijn uitspraak. Dit betekent niet alleen dat de persoon op wie een gebod of verbod rust, niet kan gedwongen worden tot nakoming ervan (nemo potest praecise cogi ad factum). RONSE, Schade, nr. 288 en 302; Aanspraak, nr. 425 en 439; DE PAGE, o.c., II, nr. 1026 B; DALCQ, o.c., nr. 4160; maar ook de onmogelijkheid om bepaalde gedragingen op te leggen omdat zij een inbreuk betekenen op de persoonlijke vrijheid, gewaarborgd door het objectieve recht.

(353) Meestal is werkelijk misbruik vereist. Zie: Cass., 13 nov. 1954, Pas., 1954-I-189; 22 maart 1956, Pas., 1956-I-777; 29 nov. 1962, R.W., 1962-63, 1529. Kritisch: ROLIN, noot onder Brussel, 3 dec. 1932, R.G.A.R., 1933, 1149. Ook de lagere rechtspraak is .../...

meer gewicht: indien de rechtspraak in deze breed zou zijn, zou dit een ernstig tegengewicht kunnen worden voor belemmerend optreden vanwege de ondernemers vóór de publicatie. Nochtans schenkt de rechtspraak slechts zelden de volle draagkracht aan het adagium "in lege Aquilia et culpa levissima venit", waar het om het instellen van een rechtsgeding gaat, en eist de rechtspraak werkelijk misbruik.

Maar ook zo na de publicatie en de verspreiding maatregelen worden gevraagd van de rechter is deze niet helemaal vrij te bevelen wat de eiser zou vragen. Weerom dringt zich een belangenafweging op tussen persvrijheid en recht op schadeloosstelling. Zo kan de rechter geen algemeen verbod voor de toekomst uitspreken dat de testorganisatie zou belemmeren in haar werkzaamheden. Niet alleen is dit een actio ad futurum en is het niet duidelijk welk het voldoende belang zou zijn dat eiser dient aan te tonen, daar er dan rekening wordt gehouden met louter hypothetische schade, bovendien zou dit een werkelijke censuur betekenen door de rechter aan de testorganisatie opgelegd (354).

De rechter is gebonden aan het hem voorgelegde onderzoek in de vorm waarin het hem voorligt. Zijn taak bestaat erin en beperkt er zich toe de onrechtmatigheid recht te trekken en haar gevolgen te niet te doen. Aldus kan hij opleggen een verbod tot herhaling der schadelijke mededelingen, of een herroeping door een aangepaste tekst, naast andere vormen van schadeloosstelling in natura, aangepast aan de aard van het gebruikte medium (355). Zo kan ook de

.../...vaak milder, zie o.a. Rb. Brussel, 2 mei 1960, J.T. 1961, 26; Brussel, 24 nov. 1962, J.T., 1963, 120; 10 jan. 1964, J.T., 1964, 206.

(354) Art. 18 Ger. W. laat de actio ad futurum slechts toe zo het om een ernstig bedreigd recht gaat.

(355) Bv. voorlezing van het vonnis van veroordeling voor radio of televisie: Rb. Gent, 14 okt. 1968, R.W., 1968-69, 1014 (1917).

verdere verspreiding van de publicatie worden verboden (356).

85. Tegen een warentest zou ook via een recht op antwoord kunnen worden gereageerd door de betroffen ondernemer (357).

Nochtans voorziet art.1, tweede lid der wet van 23 juni 1961 slechts een recht op antwoord inzake wetenschappelijke kritiek zo dit ten doel heeft een zakelijk element recht te zetten of een aantasting van de eer af te weren. Is dit lid niet toepasselijk dan volstaat het loutere feit dat de ondernemer of de onderneming met name is aangewezen opdat een recht tot antwoord zou kunnen worden uitgeoefend (358).

Volgens een arrest van het Hof te Brussel (359) is een warenonderzoek geen wetenschappelijke kritiek, ook indien op precieze en rigoereuze wetenschappelijke gegevens wordt gesteund. Inderdaad zou deze tekst slechts opzoekings- en documentatiearbeid met algemene of theoretische strekking behelzen met het oog op de vooruitgang der wetenschap, waar daarentegen een warenonderzoek geïnspireerd wordt door de materiële belangen van een beperkte

(356) Zie; Rb. Brussel, 29 april 1952, Pas., 1952-III-121 (125): "Attendu que le tribunal estime ne pas devoir faire droit aux conclusions du demandeur en tant qu'elles tendent à faire droit aux conclusions du demandeur en tant qu'elles tendent à faire défense au défendeur d'encore vendre ou de laisser vendre des exemplaires déjà édités du livre...contenant l'Introduction faisant l'objet du présent litige..."

"Attendu cependant que l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'il soit fait défense au défendeur de publier encore une nouvelle édition de son ouvrage..., sans avoir préalablement modifié le texte de son introduction et ce, sous peine de telles sanctions que de droit à faire décréter ultérieurement en cas de contravention." Kritisch m.b.t. de eerste alinea: RONSE, Aanspraak, nr. 447.

(357) Over het recht op antwoord in het algemeen: PLATEL M., Het recht van antwoord in de communicatiemedia; DUPLAT, o.c., blz.310 e.v.; Pandectes Belges, Tw. Droit de réponse (Presse); R.P.D.B., Tw. Liberté de la presse et droit de réponse; EECKHOUT J., La loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, J.T., 1962, 597.

(358) Cass., 14 okt. 1974, J.T., 1975, 10; vgl. Cass., 20 okt. 1884, Pas., 1884-I-331; PLATEL, o.c., nr. 27 e.v.

categorie van personen. In de Picolo-zaak (360) wordt deze passus - buiten de kontekst van het recht op antwoord - herhaald en er wordt aan toegevoegd dat wat wetenschappelijke kritiek betreft, het kritisch onderzoek dient te blijven op het plan der algemeenheden en van het abstracte, binnen een domein dat aan elkeen toebehoort, zonder allusie op personen of sociale groepen; op het domein van de handel en de nijverheid verlaat het kritisch onderzoek het plan van de pure dialektiek en raakt de private belangen van personen of sociale groeperingen (361).

Aan de juistheid hiervan kan men ernstig twijfelen. Er is allereerst art. 1, tweede lid, zelf dat een recht op antwoord toekent in geval van eerkrenking. Volgens de hier aangehaalde uitspraak kan wetenschappelijke kritiek nooit eeraantastingen bevatten. Bovendien wordt meteen een goed deel der hedendaagse geschiedschrijving en der rechtsleer buiten de bescherming van art.1, tweede lid gebannen. Het feit dat slechts onbaatzuchtige wetenschappelijke kritiek op deze benaming een beroep mag doen, lijkt bovendien onaanvaardbaar. In het gewone spraakgebruik wordt dit niet vereist (362), aangezien men daar voor de verschillende wetenschappen op hun voorwerp afstemt en men zelfs voor een zeer algemeen begrip van wetenschap slechts juistheid en verifieerbaarheid vooropstelt.

(359) Brussel, 14 juni 1966, J.T., 1966, 635.

(360) Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 558 (559).

(361) Onder verwijzing naar Juris-classeur commercial, Tw.Concurrence déloyale, XXV, blz. 20.

(352) Grosse Herder, Tw. Wissenschaft; Encyclopaedia Britannica, Tw. Science; Katholieke Encyclopedie, Tw. Wetenschap; ROBERT P., Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Tw. Science. Hetzelfde geldt in al deze encyclopedieën voor het trefwoord kritiek.

Er is trouwens verder ook de ontstaansgeschiedenis der wet zelf die een argument biedt: het wetsonderwerp op 2 juli 1957 door de Kamer van Volksvertegenwoordigers aanvaard, voorzag dat voor wetenschappelijke kritiek geen recht op antwoord kon worden uitgeoefend. In deze optiek kon men pleiten voor een zeer limitatieve interpretatie, omdat anders de belangen der gekritiseerden zouden verstoken blijven van een nuttig en efficiënt verweermiddel, dat hun rechten ten gronde laat bestaan.

Na het pleidooi van J.FREDERICQ (363), die op de ongerijmdheid en de onwenselijkheid hiervan wees, heeft de Senaat en nadien de Kamer een beperkt recht op antwoord aanvaard, waaruit blijkt dat wetenschappelijke kritiek niet alleen de eer van een wetenschapsmens kan in het gedrang brengen, maar ook van bepaalde sociale groepen of bekende personen. De wet bevat immers geen enkele beperking tot een bepaalde categorie van personen die het recht op antwoord kunnen uitoefenen; alleen is vereist dat zij in hun eer of hun goede naam werden aangetast door wetenschappelijke kritiek of een onjuistheid in verband met zulke kritiek willen rechtzetten. De beperking van het recht op antwoord beoogt hier niet bepaalde wetenschappen, die omwille van hun aard gemakkelijker aanleiding kunnen geven tot eerkrenking, uit te sluiten of een bepaalde wijze van aanpak van wetenschappelijke problemen tegenover andere te begunstigen, maar wel het wetenschappelijk onderzoek niet te hinderen door nutteloze polemiek (364). Daarom is wel degelijk bepalend voor de notie wetenschappelijke kritiek of precieze, rigoreuze (wetenschappelijke) methodes werden ge-

(363) FREDERICQ, Le droit de réponse en matière scientifique, artistique et littéraire, J.T., 1958, 1 e.v.

(364) Vgl. Corr. Brussel, 31 maart 1871, B.J., 1871, 525; Rb. Luik, 9 febr. 1901, P.P., 1901, 679; Brussel, 15 april 1957, J.T., 1957, 402, noot RENAULD; R.P.D.B., Liberté de la presse et droit de réponse, nr. 100 e.v.; POIRIER, o.c., blz.150.

bruikt om de feitenweergave te staven en of de waardeoordelen, op grond daarvan uitgesproken, niemand in zijn aanzien treffen. Met welke bedoeling de kritiek wordt geleverd is slechts relevant om tot ontkenning van het karakter van wetenschappelijke kritiek te besluiten, zo daaruit werkelijk misbruik van het recht van kritiek kan worden verklaard. Ook het gebruikte publicatiemedium is irrelevant. Het door het Hof vooropgestelde doel, de vooruitgang der wetenschap te bevorderen is daarom veel te eng: eeraantastingen kunnen moeilijk ooit in dit kader worden ondergebracht, evenmin als sommige vormen van vulgarisatie van wetenschappelijke problemen.

Om het vergelijkend warenonderzoek de bescherming van art.1, tweede lid, te bieden is er echter nog een ander argument. De wet beperkt het recht op antwoord inzake wetenschappelijke kritiek om ongewenste, aanslepende polemieken te voorkomen die een zware belasting (gezien de door art.2, eerste lid toegestane lengte van het recht op antwoord) zouden betekenen voor periodieke wetenschappelijke publicaties. Dit is ook voor warentesttijdschriften het geval: zo elke ondernemer, wiens produkten worden vermeld, omwille van dit feit zijn eigen visie in het eerstvolgende nummer kan doen afdrukken, dan zou dit op korte termijn tot de ondergang van elk testtijdschrift moeten leiden.

Indien men de verschillende uitoefeningen van het recht op antwoord in testtijdschriften naleest, dan ziet men dat de praktijk zich daarnaar heeft geschikt, en dat vooral de aandacht wordt gevestigd op nieuwe feiten die na het begin van het onderzoek dat tot de publicatie zou leiden, gebeurden. Dat zulke feiten kunnen worden vermeld is manifest: het is de publicatie en haar datum van verschijning die maatgevend is en niet het begin van het bronnenonderzoek dat zou leiden tot de publicatie. Feiten die voorvielen na de publicatie kunnen echter ook als antwoord dienen, zo het om

wetenschappelijke kritiek gaat: de wet spreekt van rechtzetten, terwijl uit art.2 in fine en art.3, 1° geen tegenargumenten kunnen worden getrokken: art. 2, laatste lid, voorziet de nauwkeurige vermelding van de teksten die aanleiding gaven tot het recht op antwoord, terwijl volgens art.3, 1° de inlassing van het antwoord kan worden geweigerd zo het antwoord niet in verband staat met de bestreden tekst. Bedoeling moet dus zijn de publicatie "recht te zetten": ook na de publicatie gebeurde feiten kunnen dus in aanmerking worden genomen, omdat zij een wezenlijk licht kunnen werpen op het relaas van het gebeurde: de persoon die door het relaas werd getroffen zou anders machteloos staan tegen een publicatie die op een voor hem ontijdig moment gebeurde en daardoor slechts een gedeelte der feiten bestrijkt. Gezien deze feiten na de publicatie zich wijzigden of een uitbreiding plaats greep, kunnen zij beschouwd worden als houdende verband met de bestreden tekst en kunnen zij in functie van een nauwkeurig aangeguide tekst worden gesteld. Aan deze voorwaarden moet echter voldaan zijn, zodat een recht op antwoord dat feiten vermeldt, daterende van na de publicatie, daardoor een beperking ondergaat. In dezelfde optiek kan er dan ook een noodzaak bestaan, derden in de zaak te betrekken (art. 3, 3°).

Voor een vergelijkend warenonderzoek kan het aldus aangewezen zijn, vooral in het belang der producenten of verdelers, maar ook in dat der verbruikers, een recht op antwoord op te nemen dat vermeldt dat een nieuwe versie van een bepaald produkt dat in de test werd onderzocht, werd op de markt gebracht ter vervanging van het onderzochte type, of dat wijzigingen daaraan werden aange-

(365) Reglement betreffende het recht tot rechtzetting in de radio- en televisieuitzendingen van de Instituten van de B.R.T., Staatsblad, 1 mei 1969. Daarover: PLATEL, o.c., blz. 66 e.v.;

RIMANQUE, a.c., R.W., 1969-70, 1601 (1628); DEPONDT A., Preadvies, blz. 65 e.v. met verwijzingen naar onuitgegeven rechtspraak van voor dit reglement.

bracht.

Voor radio- en televisieuitzendingen bestaat een recht op antwoord, gelijkvormig met het recht op antwoord inzake wetenschappelijke en artistieke kritiek, dat echter aan meerdere beperkende voorwaarden inzake de gevolgde procedure onderworpen is (duur beperkt tot drie minuten, beslissing van de directeur-generaal van het betrokken omroepsinstituut over de aanvaardbaarheid van de rechtzetting, vaststelling van de tekst door het instituut, termijn beperkt tot dertig dagen (365)).

De enige verdienste van deze regeling is dat zij bestaat, dat een regeling die wenselijk is, beter is dan geen regeling (366). Het feit echter dat de omroepinstituten én rechter én partij zijn terzake, terwijl zij zelf de regeling hebben gemaakt, maakt deze regeling totaal verschillend van de regeling die geldt voor de periodieke pers, welke steunt op een automatisme. Voor diegene die in radio- of televisieuitzendingen wordt vernoemd bestaat er geen recht van wederwoord of tot rechtzetting (367), zo men uitgaat van dit reglement alleen. Omwille van de hiervoor tegen dit reglement aangehaalde bezwaren, mag men stellen dat het in geen dele vermag de rechten van personen, getroffen door de berichtgeving in radio of televisie, op rechtzetting te verminderen. Krachtens de regel "Patere legem quam ipse fecisti" zijn evenwel de

(366) J. EECKHOUT, Radio, Télévision, droit de réponse, J.T., 1969, 227 en J.E(eckhout), Réponse au journal sans papier, J.T., 1969, 357; zie ook: Un projet ertébéen de bonne conduite en matière d'information, La libre Belgique, 17 jan. 1975, 1.

(367) Zie in dit verband de rel tussen het organiserend comité en de directeur-generaal der BRT betreffende het Vlaams Nationaal Zangfeest te Antwerpen op 25 mei 1975, waar de BRT "na onderzoek" weigerde een antwoord op haar informatieverstrekking over het zangfeest uit te zenden: De Standaard, 29 mei 1975, blz. 7. Vgl. Pan, 4 juni 1975, 2.

omroepinstituten erdoor gebonden.

Tot slot weze opgemerkt dat vrij recent door beide Ministers van Cultuur een wetsontwerp is neergelegd, dat in art. 1 een recht op antwoord principieel voorziet, doch het aan de Koning overlaat de uitoefening van dit recht nader te regelen (368).

§ 2. Duitsland.

86. In Duitsland is de principuële regeling voor de toelaatbaarheid van vergelijkende warentests gans anders, hoewel ook hier achtereenvolgens de principuële geoorlofdheid, de regeling der oneerlijke mededinging en de principuële aansprakelijkheid bij het doorvoeren van vergelijkende warentests moeten worden onderzocht.

87. Principieel is het doorvoeren van een vergelijkend warenonderzoek vrij, ongeacht de scheiding tussen de in aanmerking komende rechtsregels, die wordt gemaakt naar gelang men de beoordeling van feiten (Tatsachen) of meningen onderzoekt.

88. Vertrekpunt is art. 2 GG (369) dat, onder voorbehoud van de rechten van anderen, de staatsordening en de gute Sitten, elkeen het recht geeft op de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid. Het is niet meer omstreden dat art. 2 GG ook voor rechtspersonen

(368) Ontwerp van wet houdende de bepalingen betreffende de Openbare Radio- en Televisiedienst, van 10 juni 1975, Parl. Besch., Senaat, 1974-75, nr. 641.

(369) Art. 2, 1 GG: "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung und das Sittengesetz verstösst."

geldt (370).

Art. 2, 1 GG kan beschouwd worden als lex generalis waarvan verscheidene andere grondrechten een bijzondere formulering zijn en bovendien geldt het erin gemaakte voorbehoud ook als begrenzing voor de andere grondrechten. Daarom verdient het aangehaald te worden vooraleer tot de bestudering van meer specifieke grondwetsartikelen over te gaan, die voor toepassing in aanmerking komen.

89. De ons hier meest aanbelangende grondrechten zijn omschreven in art.5 GG (371). Dit dekt zowel de uiting van een mening (actief optreden) als de vrijheid van informatie (passiefzijde van deze vrijheid) (372). Verder worden in één adem de persvrijheid en de vrijheid van berichtgeving alsmede het censuurverbod geformuleerd. Uit de tekst (Jeder...seine Meinung... und sich... tegenover de onpersoonlijke verwijzing naar de persvrijheid en de vrijheid van berichtgeving) alsmede uit de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht (373) heeft men afgeleid dat het aan deze vrijheden ten

(370) BVerfG, 29 juli 1959, BVerfGE, 10, 89 (99); BVerfG, 4 april 1967, BVerfGE, 21, 271 (277-278). Vroeger omstreden, zie contra, VON MANGOLDT-KLEIN, o.c., blz. 175. Het Bundesverfassungsgericht had in zijn arrest van 20 juli 1954, BVerfGE, 4, 7(16) deze vraag uitdrukkelijk open gelaten. Art.2 GG geldt echter niet voor buitenlandse rechtspersonen: BVerfG, 1 maart 1967, BVerfGE, 21, 207 (208).

(371) Art. 5,1: "Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äussern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film sind gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

2: "Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

3: "Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung."

(372) Namelijk de vrijheid materiaal te zoeken voor de eigen meningsvorming, alsmede, gezien vanuit het standpunt van de informant, de vrijheid om door de uiting van zijn persoonlijkheid in te werken op de Umwelt.

(373) BVerfG, 15 jan. 1958, BVerfGE, 7, 198 (204 e.v.), Lüth: vrijheid van meningsuiting; BVerfG, 25 jan. 1961, BVerfGE, 12, 118 (124): persvrijheid en sindsdien vaste rechtspraak.

grondslag liggende motief verschilt: de grondslag van de vrijheid van meningsuiting en van de vrijheid van informatie is gelegen in de persoon zelf van de enkeling, terwijl de grondslag der beide andere vrijheden in hun belangrijke maatschappelijke taak ligt en dus uiteindelijk niet in de enkeling, maar in de gemeenschap moet worden gezocht (374).

Buiten de algemene beperkingen geformuleerd in art.2 GG, die ook hier gelden, wordt in het tweede lid een verderreikende beperking geformuleerd, terwijl het gebruik van het woord mening in art.5,1 GG ook de vraag oproept hoever de bescherming der meningsuitingsvrijheid reikt.

Door de vrijheid van meningsuiting worden slechts meningen gedekt, t.t.z. "Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen, auch durch eigene geistige Vorgänge irgendwie rational fassbar und mitteilbar gemachte Ueberzeugungen und künstlerische Bewusstseinsinhalte, schliesslich ein "lautes", vernehmbares, vernommenes Denken oder Kunstschaffen selbst, jedenfalls die eigenen geistigen Leistungen und Hervorbringungen der sie "äussernden Menschen. Vernehmbarkeit und Vernommen-werden sind hier wesentlich." (375). Het begrip wordt echter ruim geïnterpreteerd om de bescherming zo ruim mogelijk te vatten: slechts die bekendmaking van feiten die geen enkele persoonlijke inbreng vanwege de mededelende persoon inhoudt, is buiten de bescherming der meningsuitingsvrijheid gebannen (376).

(374) RIDDER. H.K., Menungsfreiheit, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, blz. 243 (249-250); BOUKEMA P.J., Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland, blz. 35.

(375) RIDDER, o.c., blz. 243 (245).

(376) VON MANGOLDT-KLEIN, o.c., blz. 239; HELLE, o.c., blz. 30; BVerfG, 5 aug. 1966, BVerfGE, 20, 162 (176) met verdere verwijzingen; BVerfG, 4 april 1967, BVerfGE, 21, 271 (278-279). Contra: REHBINDER, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, blz. 88; ARNDT, Umwelt und Recht, NJW, 1963, 193.

Voor wat de informatie-, de persvrijheid en de vrijheid van berichtgeving betreffen, deze omvatten zowel meningen als feiten.

90. Bij de beperkingen volgend uit het tweede lid van art.5 GG dient het voorbehoud der algemene wetten nader te worden belicht. Vat men dit te algemeen, dan wordt de bescherming door art.5,1 GG geboden, illusoir en dit zou strijden met art.19,2 GG dat verbiedt een grondrecht in zijn kern aan te tasten bij de toepassing ervan. Als algemene wetten dient men dus te beschouwen, diegene die de bescherming van een in elk geval te beschermen rechtsgoed beogen, zonder de inachtneming van een bepaalde mening. Fundamentele waarden der gemeenschap primeren aldus op de bezorgdheid om de vrije en ongehinderde meningsuiting en -vorming (377). Sinds het Lüth-arrest rekent men daaronder ook de burgerrechtelijke voorschriften, terwijl dit arrest verder preciseert dat een begrenzing van het recht op vrije meningsuiting door de algemene wetten niet als een eenzijdige beperking van de gelding van de grondwettelijke vrijheid door deze wetten kan worden opgevat. Veeleer vindt er een wisselwerking plaats, in die zin dat de algemene wetten wel omwille van het door de hen beschermde rechtsgoed de grondwettelijke vrijheid beperken, doch hunnerzijds zelf moeten worden geïnterpreteerd vanuit de erkenning van de waardescheppende betekenis der vrije meningsuiting in een democratische staat. Aldus moeten de in aanmerking komende algemene wetten op hun beurt beperkend worden geïnterpreteerd in zoverre hun werking de uitoefening der grondwettelijke vrijheid inperkt (378). Er is voor

(377) VON MANGOLDT-KLEIN, o.c., blz. 250 e.v.; BVerfG, 15 jan.1958, BVerfGE, 7, 198 (210), Lüth; BOUKEMA P.J., o.c., blz. 84-88.

(378) Vgl. COING H., Droit à l'honneur et droit d'information en droit allemand, Mélanges Roubier, II, 399 (409). Meteen erkent het hof een middellijke Drittwirkung van art.5,1 GG in de zin dat bestaande normen een inhoudelijke wijziging ondergaan door de waardevoorstellingen besloten in de grondrechten: REIMERS, Das Grundgesetz und das Privatrecht, MDR, 1967, 533 (535); vgl. LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, blz. 373 e.v.

deze wederzijdse inperking geen abstracte norm ter aflijning te stellen; een precieze omlijning moet voor elk geval opnieuw gebeuren (379).

91. Uitgaande van de vrijheid van meningsuiting zijn het vooral de regels der quasi-delictuele aansprakelijkheid die ter beperking in aanmerking komen. De evolutie in de rechtspraak over dit probleem zal verder worden geschetst. Verder zouden ter beperking ook de normen van het mededingingsrecht in aanmerking kunnen komen. Daar echter het UWG duidelijke beperkingen stelt aan het recht der vrije meningsuiting, kan de mededinger een inbreuk op de handelsmoraal niet desgevallend door een beroep te doen op art.5 GG zonder meer verschonen, tenzij een voldoende reden daartoe kan worden aangetoond (380). Aldus werd er, uitgaande van de verworvenheden van het Lüth-arrest, een uitzondering gemaakt voor het geval de pers haar taak van voorlichting over vragen, die het publiek beroeren en waarbij dit een rechtmatig belang op voorlichting heeft, niet zou kunnen vervullen, indien de pers niet zou kunnen rekenen op informatie vanwege concurrenten over hun economische sector (381).

(379) BVerfG, 15 jan. 1958, BVerfGE, 7, 198 (207 e.v.), Lüth; BVerfG, 25 jan. 1961, BVerfGE, 12, 118 (124-125), Schmid; BVerfG, 26 febr. 1969, BVerfGE, 25, 256, Blinkfüer.

(380) Zie daarover infra, deel II, nr. 104. Vroeger eiste de rechtspraak en rechtsleer noodzakelijk^{heid} van de inbreuk, die door de inbreukmaker diende te worden aangetoond, zelf zo er geen concurrentiële relatie bestond tussen hem en de betroffene: BGH, 21 april 1959, JZ, 1960, 443, Schweinebäuche; vgl. het infra, nr. 97 besproken Constanze I-arrest; KOEBEL, der Schutz der gewerblichen und beruflichen Betätigung gegen schädende nicht wettbewerbliche Ausserungen, JZ, 1960, 433.

(381) BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 645 (646), Pelzversand, besproken infra, nr. 151. Te algemeen: HELLE, o.c., blz. 80 die meent dat men niemand kan beletten openlijk en ongevraagd raad te geven van wie men waren moet kopen.

Het recht op informatie en berichtgeving wegen hier zwaarder dan § 1 UWG.

92. Aangestipt dient nog te worden dat krachtens art. 19, Abs.3 GG ook rechtspersonen zich op art.5 GG kunnen beroepen (382).

De regels der oneerlijke mededinging en hun mogelijke toepassing.

93. Voor de toepassing van het UWG is niet alleen objectief een concurrentiële handeling vereist (383), doch ook subjectief een concurrentieel oogmerk (384). Het UWG beschermt immers tegen oneerlijke mededinging, zonder onderscheid of de aantasting uitgaat van een concurrent of van een niet-concurrent. Voorwaarde is dat deze laatste in zijn optreden mede wordt geleid door de intentie om de concurrentiële positie van een ondernemer te bevorderen ten nadele van diens concurrenten (385). Zelfs is niet vereist dat diegene die de inbreuk begaat zich van het onrechtmatige van

(382) BVerfG, 4 april 1967, BVerfGE, 21, 271 (278).

(383) Dit is een handeling die gericht is op commerciële transacties met klanten en die dus de omzet van een handelaar vergroot, waardoor noodzakelijk de afzet van zijn concurrenten wordt beïnvloed. Hetzelfde geldt voor zijn eigen aankopen van waren. Zie: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr 145 e.v. bij Einl. UWG II; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb III, Deutschland, nr. 71 e.v. Voor een warentest: BORCK, a.c., WRP, 1959, 344; GRASSMANN, o.c., blz.37.

(384) Dit is de bedoeling de eigen of andermans concurrentiële positie te verstevigen. BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 156 e.v. bij Einl. UWG II; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 61 e.v. Men leidt deze intentie meestal af uit de gestelde handelingen, daar zij anders niet aantoonbaar ware: BGH, 14 april 1965, GRUR, 1966, 30 (33), Konservenzeichen.

(385) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 156 e.v. bij Einl. UWG II; BGH, 26 okt. 1951, GRUR, 1952, 410, Constanze I; BGH, 26 febr. 1960, GRUR, 1960, 384 (386), Mampe Halb und Halb; BGH, 10 juli 1963, NJW, 1964, 29, Blinkfüer. Adde: RG, 2 jan. 1905, RGZ, 60, 1, Javol.

zijn optreden bewust is (386). Wel moet hij de feitelijke omstandigheden, waaruit bij een objectieve beoordeling de onrechtmatigheid van zijn optreden volgt, gekend hebben (387). Indien het oogmerk ontbreekt om de concurrentiële positie van één der besprokenen te bevorderen, is het UWG niet toepasselijk (388). Dit oogmerk wordt meestal vermoed, daar het anders haast niet bewijsbaar is, maar bij publicistische werkzaamheden (pers, radio en televisie) geldt dit vermoeden niet en dit zonder dat men rekening houdt met de actualiteit van het bericht en met het feit of en op welke wijze de betroffene een economische activiteit uitoefent. De reden hiervan is gelegen in het recht op informatie dat het publiek heeft. Opdat hiervan sprake zou kunnen zijn, dient het doel van de berichtgeving onderrichting te zijn van het grote publiek over vraagstukken die in de algemene belangstelling staan (389). Voor warentests volgt hieruit de eis van neutraliteit, die breed moet worden opgevat: zo zou de verkoop van een massale oplage van de publicatie aan één der producenten van onderzochte produkten of de opname van handelspubliciteit op zichzelf onvoldoende zijn om de neutraliteit teniet te doen. Bijkomende bezwarende voorwaar-

(386) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 76 bij Einl. UWG II met verdere verwijzingen.

(387) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 77-78 bij Einl. UWG II; ULMER-REIMER, Unlauterer WETTBEWERB, III, Deutschland, nr. 67 met verdere verwijzingen.

(388) Zie de auteurs in vorige noot. Contra: E.REIMER, Wettbewerbsrecht und Warenzeichenrecht, Kap. 75, Anm. 5, blz. 513 op grond van procesrechtelijke overwegingen. Impliciet verworpen door BGH, 11 jan. 1955, DB, 1955, 213, Zahl 55.

(389) WENZEL, noot sub BGH, 29 april 1970, GRUR, 1971, 46 (47), Bu-bi Scholz; BGH, 20 dec. 1967, GRUR, 1968, 314, noot D. REIMER, fix und clever; BEGEMANN, o.c., blz. 18-23; VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 5-39.

den zijn noodzakelijk (390).

Indien de inbreukmaker zich van de onrechtmatigheid van zijn handelen niet bewust was, is alleen een vordering tot nalaten mogelijk (391); bij handelen met kennis van zaken is er daarnaast een vordering tot schadeloosstelling mogelijk (392).

Indien een concurrentieel oogmerk kan worden bewezen, dan komen §§ 1, 3 en 14 UWG in aanmerking voor toepassing.

Als Generalklausel die de ganse wet beheerst, beteugelt § 1 UWG elke handeling met concurrentieel oogmerk in het handelsverkeer gesteld, die tegen de gute Sitten indruist (393). Daaronder valt de vergelijkende reclame onder de verder uiteengezette beperkingen. Een uitzondering, die in aanmerking zou kunnen komen voor een vergelijkend warenonderzoek dat onvoldoende neutraal zou zijn doorgevoerd, is de Systemvergleich (394), al lijkt het moeilijk denkbaar dat bij louter vergelijken van systemen onvoldoende

(390) Pro: RINCK, a.c., BB, 1963, 1029; BUSSMANN, Der Warentest, Overdruk, blz. 81; OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1084 (1086) met noot, VW 1500; LG Düsseldorf, 29 sept. 1964, WRP, 1965, 144. Contra: ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 20; HELLE, Ueber öffentliche vergleichende Warentests und die Grenzen ihrer Zulässigkeit, NWJ, 1965, 725 (727); HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (615).

(391) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 82 en 170 bij Einl. UWG II; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 137 e.v.; BGH, 11 jan. 1955, DB, 1955, 213, Zahl 55; BGH, 16 okt. 1962, GRUR, 1963, 218 (220), noot HEYDT, Mampe Halb und Halb.

(392) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 83 bij Einl. UWG II; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 146 e.v.

(393) § 1 UWG luidt: "Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die gute Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden."

(394) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 40 e.v. bij § 1 UWG; BGH, 13 nov. 1952, GRUR, 1952, 416, Dauerdose, BGH, 15 nov. 1961, GRUR, 1962, 85, Pfiffikus-Dose, noot HEYDT.

neutraliteit zou zijn in acht genomen zodat één of meerdere ondernemers rechtstreeks worden geschaad, tenzij in uitzonderlijke gevallen.

§ 14, Abs. 1 UWG betreft de verbreiding met concurrentieel oogmerk van feiten waarvan de waarheid niet kan bewezen worden en die de handelszaak of het krediet van een ondernemer kunnen schaden. De juistheid van de beweringen dient, gezien de schadetoebrenging, door de inbreukmaker te worden bewezen (395). Mislukt dit bewijs, dan is hij aansprakelijk, zonder dat zijn schuld dient te worden bewezen (396) (397).

§ 3 UWG beteugelt de misleiding van het publiek door het voorwenden van een bijzonder gunstige aanbieding (398). Onder § 3 UWG kan een gedraging echter niet vallen zo zij haar zwaartepunt niet heeft in de aanbiederszijde, maar aan de verbruikerszijde: de ondersteuning van een bepaald aanbod van een bepaald ondernemer is

(395) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 22 bij § 14 UWG; ENECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 1012 met verwijzingen naar de rechtspraak van het Reichsgericht. Aan dit bewijs zijn strenge vereisten gesteld: zo moet de bewering waar gebleven zijn wil men ze later nog herhalen: BGH, 31 mei 1957, GRUR, 1958, 30, Aussenleuchte.

(396) HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (618); ULMER, Oneerlijke mededinging, I, EEG, nr. 65, blz. 42.

(397) § 14 UWG luidt: "(1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbs über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Der Verletzte kann auch den Anspruch geltend machen, dass die Behauptung oder Verbreitung des Tatsachen unterbleibe.

"(2) Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadenersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen musste."

"(3) ...

vereist voor de toepassing van dit artikel (399).

Dit artikel kan van toepassing zijn op de misleiding van het publiek door het onjuist voorstellen van een produkt als beste koop, indien dit vanwege de testorganisatie zou zijn gebeurd met concurrentieel oogmerk (400).

Uit de niet-toepasbaarheid van het UWG bij vermoede voldoende neutraliteit (401), volgt op het gebied der bevoegdheid, dat de Handelskamer onbevoegd is, zo niet vast komt te staan dat er oneerlijke mededinging gebeurde bij de doorvoering of de publicatie van het warenonderzoek (402).

Bij gebrekkige neutraliteit kan naast het UWG ook § 826 toegepast

(398) Sinds de wijzigingswet van 26 juni 1969 luidt § 3 UWG als volgt: "Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden."

Daarover: TETZNER, Die Aenderungen des UWG durch das Gesetz von 26.6.69, NJW, 1969, 1701; BGH, 13 maart 1970, GRUR, 1970, 467, noot HEYDT, Vertragswerkstatt.

(399) OLG Stuttgart, 23 nov. 1960, JZ, 1961, 380, Leuchtshalenwagen.

(400) RINCK, Warenvergleich durch Verbraucherverbände, BB, 1960, 949 (953) neemt aan dat § 3 UWG op warentests steeds toepasselijk is bij onjuistheid. Daarop komt hij echter terug in: Organisation und Auswertung von Warentests, BB, 1963, 1027 (1029). In dit geval is ook § 13, II UWG toepasselijk; GRASSMANN, o.c., blz. 43.

(401) Ongeacht de omstandigheid dat het om feiten, meningen of waardeoordelen gaat : § 1 UWG. § 3 UWG vereist dat het om Angaben gaat, t.t.z. om objectief controleerbare uitingen. § 14 UWG is alleen op de mededeling van feiten toepasselijk.

(402) LG Stuttgart, 21 nov. 1963, DB, 1964, 474.

worden, omdat het UWG de toepassing van deze algemene norm niet uitsluit, zo aan de voorwaarden ervan is voldaan (403). Vereist is dan dat er een misbruik van de macht over de economische verhoudingen aantoonbaar is vanwege de testorganisatie, waarvan de willekeurige uitoefening tegen de gute Sitten indruist.

94. Op het domein der quasi-delictuele aansprakelijkheid geldt in Duitsland de Schutznormtheorie (404). Deze huldigt een stelsel van relatieve onrechtmatigheid, waarvolgens een onrechtmatige handeling (405) slechts wordt aanvaard ten voordele van diegene wiens belang (406) beschermd was door de overtreden norm. Of een norm een Schutzgesetz is en in welke mate zij dit is, moet uit de inhoud der wet zelf, vooral op grond van de verhoudingen die zij bedoelt te regelen en de nagestreefde doelstellingen worden afgeleid. De norm moet tot doel hebben de groep van personen waartoe de aanspraakmaker behoort of de specifieke persoon van de aanspraakmaker bescherming te bieden (407). De basis van deze theorie

(403) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 961; EICHMANN, o.c., blz. 12-13 met verwijzingen; PALANDT, o.c., nr. 7 bij § 826 BGB. § 826 BGB luidt: "Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet."

(404) RONSE, Aanspraak, nr. 64 e.v.; RONSE, Schade, nr. 19, blz. 71.

(405) "Die unerlaubte Handlung oder Delikt ist der objektiv widerrechtliche, schuldhaftige Verstoss gegen eine allgemeine Verhaltensnorm (absolute Verhaltensnorm), an den die Rechtsordnung als selbständige Folge eine Schadensersatzpflicht knüpft." ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 926. Vgl. ESSER, Schuldrecht, Bes.Teil, blz. 391.

(406) Belang ("Interesse") is een streven naar door het recht beschermde goederen en waarden en de zorg om hun instandhouding: HUBMANN, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP, 155, (1956), 85(96).

(407) PALANDT, o.c., blz. 693; ROSENTHAL-BOHNENBERG, o.c., nr. 2694, blz. 879.

is neergelegd in § 823, II BGB. Daarnaast preciseert § 823 I BGB enkele rechtsgoederen die, omwille van hun belangrijkheid zodanige bescherming genieten dat elke krenking ervan die terzelfdertijd tegen een wet indruist, tot schadeloosstelling verplicht. Een uitzondering op de Schutznormtheorie is neergelegd in § 826 BGB waarvolgens tot schadeloosstelling verplicht, elke tegen de gute Sitten indruisende schadetoebrenging die opzettelijk gebeurde, zonder dat een voorschrift moet aanwijsbaar zijn dat de beoogde bescherming mede biedt en door de aanspraakmaker kan worden ingeroepen (408).

95. Krachtens de Generalklausel § 823 Abs. 1 BGB verplichten krenkingen van het leven, de gezondheid, de vrijheid, de eigendom of van een gelijkaardig subjectief recht tot schadeloosstelling. Daarbij is onder subjectief recht niet elk in rechte beschermd belang te verstaan. Het moeten uitsluitende rechten zijn, rechten van dezelfde aard als het eigendomsrecht of het recht op leven, gezondheid of vrijheid (409).

Bovendien moet de rechts- of personenkenking onrechtmatig (widerrechtlich) zijn, t.t.z. tegen een in rechte gesanctionneerd gebod of verbod indruisen. Actief optreden die andermans rechten of één

(408) ESSER, o.c., Bes. Teil, blz. 397; PALANDT, o.c., nr. 5 bij § 826 BGB.

(409) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 938; PALANDT, o.c., nr. 6 bij § 823 BGB. Zo vallen de eer en de goede naam niet onder § 823, I, wel onder § 823, II, BGB : RG, 2 jan. 1905, RGZ, 60, 1 e.v., Javol en sindsdien vaste rechtspraak. KUBLER, Oeffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, AcP, 172 (1972), 177 (179). § 823, 1 BGB luidt: "Wer vorsätzlich öder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

der in § 823, I BGB genoemde essentiële waarden krenken, zijn in principe verboden en dus onrechtmatig. Uitzonderlijk kunnen zulke handelingen toegelaten zijn, wat door de persoon die zich op de rechtmatigheid beroept dient te worden bewezen. Niet-handelen of nalaten handlënd op te treden is slechts dan onrechtmatig, wanneer een plicht tot handelen bestaat. Bovendien is opzet of nalatigheid vereist, de lichtste nalatigheid volstaat. Maar slechts de rechts- of personenkrenking dient schuldig te zijn geschied. In verband met de verdere gevolgen en de ontstane schade is slechts een causaal verband, geen voorzienbaarheid vereist. De te beachten maatstaf voor de in het maatschappelijk leven vereiste zorgvuldigheid is de normale, door een regelmatige correcte omgang vereiste zorg (die Sorgfalt eines gesunden ordnungsmässigen Verkehrs) (410).

96. Volgens een vaste rechtspraak hoort het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid (Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) onder de "sonstige Rechte" van §823, I BGB. (411)

Hoewel de erkenning daarvan uit het begin van deze eeuw stamt (412), toch onderging het begrip zelf van het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid een hele evolutie (413).

(410) ENNECCLERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 945-949.

(411) Zie reeds: RG, 12 juli 1906, RGZ, 64, 52; BGH, 26 okt. 1951, GRUR, 1952, 410, Constanze I; BGH, 28 nov. 1952, GRUR, 1953, 130, Schwarze Listen; BGH, 10 mei 1957, GRUR, 1957, 494, Spätheimkehrer; BGH, 18 dec. 1962, BB, 1963, 162, Maris; OLG Stuttgart, 26 juni 1963, BB, 1963, 831. BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 106 e.v. bij Allg. UWG met de aldaar geciteerde verwijzingen.

(412) RG, 12 juli 1906, RGZ, 64, 52; RG, 27 febr. 1904, RGZ, 58, 24 (29), Juteartikel.

(413) Daarover: SCHIPPEL H., Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb blz. 38 e.v., KATZENBEREGGER P., Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, blz. 57-79.

Het Reichsgericht aanvaardde een inbreuk op het recht op de handelszaak slechts zo de inbreuk het voortbestaan van de onderneming rechtstreeks in gevaar bracht (414). Het Bundesgerichtshof heeft de rechtspraak van het Reichsgericht verder ontwikkeld: elke aantasting van de handelszaak volstaat, indien deze een directe inbreuk in de economische bedrijvigheid ten gevolge heeft (415). Ook de uitstraling naar buiten, de "gesamten gewerblichen Tätigkeitskreis" (416) werd ald. door de rechtspraak beschermd tegen bewust of nalatig optreden. Voldoende is dat de inbreuk zich tegen de handelszaak als dusdanig richt, doch niet dat het om rechten en door de rechtsorde beschermde waarden gaat, die zonder meer los van de handelszaak kunnen worden gedacht (417).

Het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid is geen absoluut recht in de betekenis van een welbepaalde en begrensde heerschappij (Herrschaftsrecht), waarbij de krenking van dit recht op zichzelf reeds voor de onrechtmatigheid volstaat (418).

(414) RG, 19 dec. 1918, RGZ, 94, 248; RG, 2 juni 1921, RGZ, 102, 223 (225); RG, 28 okt. 1924, RGZ, 109, 272.

(415) BGH, 26 okt. 1951, GRUR, 1952, 410, Constanze I; BGH, 9 dec. 1958, GRUR, 1959, 289, Stromunterbrechung; BGH, 28 nov. 1952, GRUR, 1953, 130, Schwarze Listen; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 108 bij Allg. UWG; BEGEMANN, o.c., blz. 26 e.v.

(416) BGH, 28 okt. 1951, GRUR, 1952, 410, Constanze I; BGH, 9 dec. 1958, GRUR, 1959, 289, Stromunterbrechung.

(417) BGH, 9 dec. 1958, GRUR, 1959, 289, Stromunterbrechung; BGH, 18 dec. 1962, BB, 1963, 162, Maris; BGH, 29 april 1970, GRUR, 1971, 46, noot WENZEL, Bubi Scholz, OLG Düsseldorf, 11 juli 1969, GRUR, 1970, 248, Fabrikationsnummer. Een goede opsomming geeft dit laatste arrest: "Unter dem Begriff des Gewerbebetriebes im Sinne des § 823 Abs.1 BGB ist alles das zu verstehen, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt, also nicht nur Betriebsräume und -grundstücke, Maschinen und Gerätschaften, Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte, sondern auch Geschäftsverbindungen, Kundenkreis und Aussenstände".

(418) BGH, 22 okt. 1957, GRUR, 1958, 233 (234), mit dem feinen Whip; BGH, 16 nov. 1970, GRUR, 1971, 273 (275), noot SAMWER, Chamotte; HELLE, o.c., blz. 69.

De onderneming is object van bescherming zonder dat aan de ondernemer een absoluut monopolie kan worden toegekend (419); hij kan aldus eisen dat niemand de vrije ontplooiing van zijn onderneming en haar activiteiten belemmert, doch dit gaat niet zover dat elke aantasting zou moeten achterwege blijven. Vermits aantastingen tot het wezen der concurrentiestrijd behoren kan het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid deze niet alle afweren (420) (421).

De beste motivering om het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid als sonstiges Recht te aanvaarden, lijkt te zijn dat men uitgaat van de bijzondere bescherming welke de grondwet en het geheel der economische wetten bieden voor de economische bedrijvigheid. Het recht op de handelszaak wordt aldus beschermd door de eigendomsbescherming van art. 14 GG (422) en de commerciële bedrijvigheid door art. 2 GG, als uitvloeisel van de algemene vrijheid tot handelen. Het recht dat men hieraan ontleent en dat steunt op de waardevoorstellingen van deze grondrechten, is naar algemeen aanvaarde opvatting, zodanig in de normen van het privaatrecht ingedrongen, dat nieuwe subjektieve privaatrechten (i.c. een sonstiges Recht in de zin van § 823 BGB) ontstaan. Een dergelijk gebeuren voltrok zich zeer duidelijk voor het algemene persoonlijk-

(419) BverfG, 16 okt. 1968, GRUR, 1969, 137 (140), noot BUSSMANN, Aktion Rumpelkammer.

(420) BGH, 18 dec. 1962, BB, 1963, 162, Maris.

(421) § 823, 1 BGB is toepasselijk zo de aantasting zonder concurrentieel oogmerk geschiedde, is dit laatste wel het geval dan is er oneerlijke mededinging en gebeurt de beoordeling volgens § 1 UWG; BGH: 17 dec. 1969, GRUR, 1970, 465, Prämixe.

(422) LEIBHOLZ-RINK, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 14, Anm. 81; LG Mainz, 27 febr. 1970, WRP, 1970, 190.

heidsrecht (423).

97. Een beschrijving der evolutie van de rechtspraak inzake het conflict tussen de pers- en meningsuitingsvrijheid enerzijds en het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid anderzijds, laat toe het voorgaande nauwkeuriger te preciseren en meteen ook te omschrijven waaraan het vergelijkend warenonderzoek zich ten opzichte van het beschermde rechtsgoed dat de handelszaak en de commerciële activiteit is, te houden heeft.

Deze evolutie werd ingezet met het beroemde Constanze-arrest (424). In de bijlage voor het dekanaat O van het kerkelijk weekblad van het bisdom M verscheen een artikel getiteld "Die Lesemappe des P.Ringes in jede Familië." Daarin werd zeer scherpe kritiek uitgebracht op het zedelijk gehalte van sommige geïllustreerde tijdschriften die met name werden vermeld en wiens uitgevers, aldus het artikel, "hun handel opbouwden door de begrippen van zedigheid en waardigheid ver van zich verwijderd te houden. Zij verwisselen zuivere handelsreclame en verkoop met gewetenloze berekening door het bespelen der primitieve instincten van een uitgeput volk. Het damesblad "Constanze" verdient in deze kontekst de titel van bloem uit de poel der dubieuze kultuurprodukten die dit soort tijdschriften zijn. De kristelijke lezer van Constanze vergeet, wanneer hij dit tijdschrift ontvangt, wat hij aan de eer van zijn

(423) REIMERS W., a.c., MDR, 1967, 533 e.v. Dat hierdoor wellicht een ruimere vorm van Drittwirkung wordt aanvaard dan in Duitsland gebruikelijk is, acht ik geen overtuigend bezwaar. Aan het probleem der Drittwirkung zelf moet men niet al te zwaar tillen, het rijst tenslotte in laatste instantie op uit de betwistbaarheid van een absolute grenstrekking tussen privaats- en publiekrecht: LEISNER, o.c., blz. 404; POLAK J.M., Preadvies, blz. 81 terwijl normen wier sanctie omvat een miskennis van grondrechten in de verhoudingen tussen private personen meestal ook gemakkelijk kunnen gevonden worden.

(424) BGH, 26 okt. 1951, GRUR, 1952, 410, Constanze I.

vrouw en dochter en van zijn opgroeiende kinderen verschuldigd is". Aansluitend hierop werd de hoger genoemde leesmap aanbevolen die qua inhoud even interessant en bovendien goedkoper was dan de genoemde tijdschriften.

Allereerst stelde het Hof bij de beoordeling van dit geschil een definitie van het recht op de handelszaak voorop, die veel ruimer was dan die van het Reichsgericht (425). Vervolgens werd als regel geformuleerd dat bij conflict tussen handelsschadende oordelen, door art.5 GG gedekt en het recht op de handelszaak, de grenzen tussen wat al dan niet geoorloofd is moeten getrokken worden volgens een tegenover elkaar afwegen van in rechte beschermde goederen en plichten (Güter-und Pflichtenabwägung) of belangenafweging (Interessenabwägung). Hierbij wordt nagegaan of de inbreuk objectief beschouwd aangewezen en noodzakelijk was als middel tot het bereiken van een rechtmatig doel, waarbij op alle concrete omstandigheden diende te worden gelet (426). Niet elke inbreuk zal aldus onrechtmatig zijn. Door analoge toepassing van § 193 StGB over de rechtvaardiging van strafbare beledigingen, heeft men een rechtvaardigingsgrond voor handelsschadende uitingen - en aldus een tegenpool voor het rechtsgoed dat de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid zijn - opgebouwd vanuit de behartiging van rechtmatige belangen (427). Rechtmatige belangen zijn alle motieven die kunnen

(425) Daarover supra blz.178.

(426) BGH, 26 okt. 1951, GRUR, 1952, 410 (411), Constanze I; BVerfG, 15 jan. 1958, BVerfGE, 7, 198 (210) en verder vaste rechtspraak. EBERMAYER-LOBE-ROSENBERG, Strafgesetzbuch, nr.1 bij § 193; ROSENTHAL-BOHNENBERG, BGB, nr.2686-2687; LARENZ, Schuldrecht, II, Bes. Teil, blz. 371; PALANDT, o.c., nr. 6 en 15 bij § 823 BGB.

(427) § 193 StGB luidt: "Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äusserungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äusserung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht."

verdedigd worden bij een rationele en op de billijkheid afgestemde beoordeling der feitelijke omstandigheden waarin de schadelijke uiting gebeurde. Bovendien moet de zich uitende persoon of zijn toehoorder dit belang hebben ofwel moet de zich uitende persoon wegens zijn beroep of ambt ofwel door een nauwe betrokkenheid met datgene waarover hij zich uit, tot optreden gedreven worden (428). Tamelijk strenge voorwaarden van kritische eerlijkheid en van objectieve noodzaak voor de belangenwaarneming worden gesteld aan de inhoud, de vorm en de begeleidende omstandigheden waarin de publicatie gebeurde, zodat een zorgvuldig onderzoek en een afwegen der conflicterende rechtsgoederen tegenover elkaar door de zich uitende persoon is vereist. (429) Bovendien moet de zich mededelende persoon uit alle ter beschikking staande deugdelijke middelen tot het bereiken van het gestelde doel, het meest schonende middel kiezen. De zich uitende persoon dient dus zorgvuldig na te gaan of zijn rechtskrenking van andermans rechten naar zwaarte en omvang wel vereist was voor de zaak waarvoor hij zich inzette. Deze regel geldt voor eenieder ook voor de pers, de radio en de televisie (430).

(428) De behartiging van rechtmatige belangen wordt ook als rechtvaardigingsgrond geformuleerd in § 14 UWG en § 824, II BGB.

(429) ERDSIEK, Die Pressefreiheit in der Rechtsprechung, Festschrift H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, I, 257 (266); DROSTE, noot onder BGH, 11 jan. 1966, GRUR, 1966, 386 (389), Warentest.

(430) BVerfG, 25 jan. 1958, BVerfGE, 7, 198 (207), Lüth; BVerfG, 25 jan. 1961, BVerfGE, 12, 113 (130), Schmid: "Mit der Pressefreiheit, ..., gehen Pflichten einher, die um so ernster genommen werden müssen, je höher man das Grundrecht der Pressefreiheit einschätzt. Wenn die Presse von ihrem Recht die Öffentlichkeit zu unterrichten, Gebrauch macht, ist sie zur wahrheitsgemässen Berichterstattung verpflichtet." Vgl. KATZENBERGER, o.c., blz. 159-160.

Aan deze principes bleef het Hof gedurende de daarop volgende jaren getrouw (431). Aan te stippen valt alleen dat de maatstaf die men aanlegde ter beperking van de pers- en meningsuitingsvrijheid evenals de principes van de afweging tegenover elkaar der beschermde rechtsgoederen van § 193 StGB, verschillen vertoonden voor het geval een conflict ontstond tussen pers- en meningsvrijheid enerzijds en het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid anderzijds, dan wel zo dit conflict deze vrijheden betreft en de uitstralingen van het algemeen persoonlijkheidsrecht, het eigen belang van de rechtspleging of van de staat bij de geheimhouding van zekere gebeurtenissen of documenten (432).

Tegen deze sterke uitbreiding van de gelding van het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid rees echter vrij veel kritiek, omdat er een overdreven beperking uit voortvloeide voor de vrijheid van handelen, die door art. 2 GG wordt gewaarborgd (433). Een inbreuk in de commerciële bedrijvigheid zou dan slechts onrechtmatig zijn zo daarbij de fundamentele ordening der grondwet, de "gute Sitten" of de rechten van de lijdende persoon, afgeleid

(431) BGH, 28 nov. 1952, GRUR, 1953, 310, Scharze Listen; BGH, 22 febr. 1957, GRUR, 1957, 360, Erdstrahlen; BGH, 10 mei 1957, GRUR, 1957, 494, Spätheimkehrer; BGH, 9 dec. 1958, GRUR, 1959, 282, Stromunterbrechung; BGH, 24 okt. 1961, GRUR, 1962, 108, noot FREIIN VON ERFFA, Waffenhandel.

(432) ERDSIEK, a.c., l.c., 257 (268). Vgl. COING, a.c., l.c., II, 399 (408-409); OHLGART, Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse, blz. 25 e.v.; HUBMANN, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP, 155 (1956), 85 (96 e.v.).

(433) LARENZ, Schuldrecht, II, Bes. Teil, blz. 370 e.v.; SCHULTZ, a.c., NJW, 1963, 1801 (1802); HELLE, o.c., blz. 79 e.v.; VOLP, Vergleichende Warentests, WRP, 1963, 109 (113); BORCK, Ueber die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit sogenannter Querschnitt-Tests, blz. 8-9; HELLE, a.c., NJW, 1962, 1177; HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (613); KUEBLER, a.c., AcP, 172 (1972), 177 (180 e.v.).

uit Schutznormen, worden gekrenkt. M.a.w. er is een bijzondere grondslag nodig om een bepaald persoon te verbieden een bepaalde handeling te stellen. De rechterlijke macht zou dus ook niet de bevoegdheid hebben om een handeling die op regelmatige wijze in de commerciële activiteit ingrijpt, als ingaande tegen het objectieve recht te bestempelen in ieder geval en een rechtvaardigingsgrond te eisen. Integendeel zou de inbreuk op het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid in principe rechtmatig zijn en slechts door de concrete omstandigheden kunnen onrechtmatig worden, zonder dat de inbreukmaker, als vereiste voor de rechtmatigheid van zijn handelen, een rechtvaardigingsgrond zou behoeven. § 193 StGB zou bovendien niet toepasselijk zijn op het terrein van het economisch verkeer waarin door meningsuitingen of perscommentaren wordt ingegrepen (434).

Hoe gerechtvaardigt deze kritiek ook was, toch zou het nog heel wat voeten in de aarde hebben alvorens de rechtspraak zich naar deze ging gedragen. Een inperking der aanspraken op grond van het BGB was er reeds in het Lütharrest, waar werd overwogen dat:

"Es Muss nur auch hier die freiheitliche Gehalt des Grundrechts entschieden festgehalten werden. Es wird vor allem dort in die Waagschale fallen müssen, wo von dem Grundrecht nicht zu Zwecken privater Auseinandersetzungen Gebrauch gemacht wird, der Redende vielmehr in erster Linie zur Bildung der öffentlichen Meinung beitragen will, so dass die etwaige Wirkung seiner Äusserung auf die privaten Rechtskreis zwar eine unvermeidliche Folge, aber nicht das eigentliche Ziel der Äusserung darstellt. Gerade hier wird das Verhältnis von Zweck und Mittel bedeutsam. Der Schutz des privaten Rechtsguts kann und muss um so mehr zurücktreten, je mehr es sich nicht um eine mittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äusserung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Vervolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum

(434) NIPPERDEY, Boykott und Meinungsäusserung, Deutsches Verwaltungsblatt, 1958, 445 (448); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 118 bij Allg. UWG.

geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu legitimierten handelt; hier spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede." (435) Dit is de consecratie van de pers als instelling die in een democratische staat een morele opdracht vervult van bijzonder gewicht (moralische Anstalt) ter behartiging van algemeen nuttige belangen (436). Dan zijn persoonlijke belangen aan haar recht om zich te uiten ondergeschikt (437). Spijtig kan alleen genoemd worden dat de rechtspraak hieruit niet onmiddellijk de conclusie getrokken heeft dat de legitimatie tot het publiceren van handelsschadende meningen of waardeoordelen niet eerst moet bewezen zijn, doch dat zij krachtens art. 5 GG moet geacht worden aanwezig te zijn totdat het tegenbewijs geleverd zou worden.

De kentering werd ingeleid door het arrest Gründerbildniss (438). Hier herinnert het Bundesgerichtshof eraan dat het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid slechts geldt voor zover er een leemte in de wet moet gedicht worden. Kunnen andere rechts-

(435) BVerfG, 11 jan. 1958, BVerfGE, 7, 198 (210), Lüth. Later herhaaldelijk en woordelijk hernomen. Zie: BGH, 17 mei 1960, GRUR, 1960, 505 (507), Inseratensperre; BGH, 21 febr. 1964, GRUR, 1964, 392 (394), Weizenkeimol; BGH, 26 juni 1966, NJW, 1966, 2010, Teppichkehrmaschinen en de noot bij dit arrest van DEUTSCH, JZ, 1967, 94 (96).

(436) Vgl. BVerfG, 6 okt. 1959, BVerfGE, 10, 118 (121); BVerfG, 15 maart 1967, BVerfGE, 21, 239 (243).

(437) COING, a.c., Mélanges Roubier, II, 399 (414-415); RG, 15 jan. 1932, RGZ, 135, 38.

(438) BGH, 22 dec. 1961, BGHZ, 36, 252 (256). Zo ook: BGH, 5 nov. 1962, BB, 1963, 61, Kindernähmaschine, onder verwijzing naar RG, 21 april 1931, RGZ, 132, 311 (316). Adde: BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (91), noot D. REIMER, Brüning-Memoiren I met verwijzingen; BGH, 30 mei 1972, NJW, 1972, 1366, Blockade met noot en NJW, 1972, 1571.

normen in aanmerking komen, dan moeten deze de oplossing van het geschil bepalen en het is slechts bij gebreke van bestaande, toepasbare rechtsnormen dat op het sonstiges Recht van § 823 BGB een beroep kan worden gedaan. Met dit relativiseren van het eigen belang van het recht op de handelszaak als sonstiges Recht werd duidelijk gesteld dat het niet mocht worden overschat en dat het alleen lückenfüllend werkt, wanneer geen andere rechtsnormen voor toepassing in aanmerking komen.

Ook het Waffenhandel-arrest (439) stelde sommige principes wat scherper door te verklaren dat hij die economisch actief is, bloot staat "in einem demokratischen Gemeinwesen auch der Kritik seiner Betätigung, der er nicht unter Berufung auf einen persönlichen Geheimbereich ausweichen kann." Zelfs zo zijn economische activiteit volledig legaal is, is dit zo. Later zal het Hof (440) preciseren dat dit niet alleen geldt voor berichten van de pers, doch ook voor de klanten.

Meteen begon ook de tendens om voorrang te geven aan de pers- en meningsuitingsvrijheid. In het Spätheimkehrer-arrest (441) had het BGH een oproep tot boycott met sociale en ethische beweegredenen nog onrechtmatig verklaard, maar in het Blinkfüer-arrest werd een oproep tot boycott om patriottische doeleinden rechtmatig geoordeeld (442). In het Warentest-arrest (443) kwam deze voorrang nog

(439) BGH, 24 okt. 1961, GRUR, 1962, 108 (109), noot FREIIN VON ERFFA; BGH, 14 jan. 1969, GRUR, 1969, 304, noot BIELENBERG, Kredithaie; BGH, 16 nov. 1970, GRUR, 1971, 273 (275), noot SAMWER, Chamotte; ERDSIECK, Zur Entwicklung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, NJW, 1962, 622 (624).

(440) BGH, 15 nov. 1966, NWJ, 1967, 390; UHLITZ, Gewerbeschädigende Werturteile, NJW, 1966, 2097; LG Kempten, 30 nov. 1972, BB, 1973, 163.

(441) BGH, 10 mei 1957, GRUR, 1957, 494.

(442) BGH, 10 juli 1963, NWJ, 1964, 29, Blinkfüer, vernietigd door BVerfG, 26 febr. 1969, BVerfGE, 25, 256 omdat het BGH onvoldoende acht had gegeven op de vrijheid van meningsuiting in hoofde van de geboycotte, welke werd onmogelijk gemaakt. Bovendien meent

enigszins onduidelijk tot uitdrukking. Daar werd vooral benadrukt dat ook een drastische uiting nog niet ipso facto de grenzen van het rechtmatige overschrijdt en onverenigbaar is met een gezonde opvatting der persvrijheid.

De eigenlijke kentering kwam er met het Höllengefeuer-arrest (444), waarin het BGH duidelijk afstand neemt van de Constanze-doctrine en verklaart dat meningsuitingen (en waardeoordelen) over vragen die het publiek beroeren principieel toegelaten zijn, ook al schaden zij de onderneming. Aan de door de grondwet gewaarborgde berichtgevings- en meningsuitingsvrijheid ligt tot grondslag dat de mondige en tot een persoonlijk oordeel uitgenodigde burger zelf in staat is in te zien wat van een kritiek (445) dient te beklijven. Bovendien heeft hij genoeg kritische zin om een kritiek te beoordelen die zonder fundering en op ironische of schimpende wijze de mening van tegenstanders aanvalt. Daarom wordt van de zich uitende persoon niet meer verwacht dat hij door een rechtmatig oogmerk wordt gedreven, zodat art. 193 StGB niet meer ter rechtvaardiging dient ingeroepen. Diensvolgens zal een meningsuiting slechts onder welbe-

.../... het BVerfG dat het recht op persvrijheid door het BGH te ruim werd geïnterpreteerd: in casu stonden de gebruikte middelen in wanverhouding tot het te bereiken doel. (Oproep tot boycot en weigering te leveren aan tegenwerkende handelaars tegen een blad dat radio- en televisieprogramma's der Oost-Duitse zenders afdruckte). Zie ook de oproep tot boycot tegen de pelshandel uit medelijden met jonge zeehonden die gewetenloos werden afgeslacht: OLG Frankfurt, 7 maart 1969, NWJ, 1969, 2095, Seehundfelle.

(443) BGH, 11 jan. 1966, GRUR, 1966, 386 (389), noot DROSTE, Warentest. Aldus ook: BGH, 20 dec. 1967, GRUR, 1968, 314, noot D.REIMER, fix und clever; BVerfG, 6 nov. 1968, BVerfGE, 24, 278 (286), Östliche Zustände.

(444) BGH, 21 juni 1966, NWJ, 1966, 1617, noot MOHRING.

(445) Die daarom dient uit meningen of waardeoordelen, niet uit feiten te bestaan.

paalde, bijzondere omstandigheden of bij boosaardige of hatelijke kritiek onrechtmatig zijn (446). Om dit uit te maken blijft een belangenafweging noodzakelijk (447). Vereist blijft ook dat het een onmiddellijke aantasting der handelszaak of van haar goodwill betreft. Een middellijke aantasting of algemene kritiek op warensoorten, zonder kritiek op een bepaalde onderneming, kunnen geen eis krachtens § 823, I BGB wettigen (448).

98. De tot dusver geschetste ontwikkeling toont aan dat, voor zover het vergelijkend warenonderzoek meningen bevat, het de bescherming geniet van art.5 GG in de ruime toepassing welke daaraan door de rechtspraak wordt gegeven. Het recht op de handelszaak kan bescherming bieden aan de benadeelde producent, waar er geen specifiek beschermend rechtsvoorschrift bestaat (449). Waar de rechtspraak de hatelijke kritiek of de onbeheerste aanvallen buiten de bescherming van art.5 GG bant, komt dus voornamelijk § 826 BGB voor toepassing in aanmerking, zo een schadetoebrenging gebeurde op een manier die tegen de gute Sitten indruist. Daar § 826 BGB een bewuste schadetoebrenging eist, waarbij de handelende persoon de mogelijkheid van schadetoebrenging bewust in de koop nam, komt slechts de opzettelijke of zeer nalatige foutieve beoordeling in aanmerking.

(446) FRITZE, Wettbewerb und Grundrecht der freien Meinungsäußerung, NWJ, 1968, 2358 (2359).

(447) BGH, 14 jan. 1969, GRUR, 1969, 304, noot BIELENBERG, Kredithaie. Over de mate waarin mededingers zich op de persvrijheid kunnen beroepen en deze voorrang op § 1 UWG zou hebben, cfr. infra, deel II, nr. 204.

(448) BGH, 9 dec. 1958, BGHZ, 29, 65 (70-71), Stromunterbrechung; BGH, 2 juli 1963, GRUR, 1964, 162 (164), E-Organ.

(449) RG, 21 april 1931, RGZ, 132, 311 (316); BGH, 22 dec. 1961, BGHZ, 36, 252 (256), Gründerbildnis; BGH, 5 nov. 1962, BB, 1963, 61, Kindernähmaschine.

Sommigen hebben daarnaast gepleit voor een analogische toepassing van § 824 BGB (450) dat de verbreiding van onware feiten beteugelt die het krediet van iemand anders kunnen in gevaar brengen of gelijkaardige nadelen voor de verwerving of de toekomstige evolutie van zijn kredietwaardigheid (Fortkommen) ervan inhouden. Dit geldt ook zo hij de onwaarheid niet kende, doch ze behoorde te kennen, behoudens zo de mededelende of de toehoorder een rechtmatig belang bij de mededeling konden aantonen. Deze analogische toepassing is echter onaanvaardbaar, gezien de duidelijke tekst van § 824 BGB waar van Tatsachen alleen sprake is. Bovendien kan men stellen dat een mening noch waar, noch onwaar is, daar zij in de eerste plaats niet op feiten stoelt, doch de persoonlijke gedachtengang weergeeft van de zich uitende persoon (451). Een analoge toepassing lijkt bovendien strijdig met het General-klausel-karakter dat zowel § 823 als § 826 BGB hebben (452), zodat men mag besluiten dat zij altijd en exclusief in aanmerking komen bij leemte in de wet.

99. Voor het mededelen van feiten is de regeling enigszins afwijkend. Feiten zijn alle openbare en waarneembare gebeurtenissen die

(450) Aldus: VOLP, a.c., WRP, 1963, 109 (114); KELLER, o.c., blz. 32-38. Art. 824 BGB luidt: (1) Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss. Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat."

(451) RG, 15 jan. 1932, RGZ, 135, 38.

(452) Een ander argument kan worden gehaald uit de rechtspraak die § 824 BGB niet van toepassing verklaart op waardeoordelen: RG, 14 maart 1914, RGZ, 84, 294 (296-297), Rapidkessel; ENNECCERUS-LEHMANN, o.c., blz. 963.

objectief controleerbaar of bewijsbaar zijn (453) (454). Daarnaast bestaan er wetenschappelijke of waardeoordelen (455). Een waardeoordeel is eigenlijk een tussenvorm tussen meningen en feiten, daar het de subjectieve her-denking uitspreekt van door feitenwaarneming verkregen gegevens. Bij de grenstrekking tussen feiten of waardeoordelen en meningen - vaak een hachelijke onderneming - meent men in Duitsland de grens zo ver mogelijk ten gunste der

(453) Aldus: BGH, 26 okt. 1951, GRUR, 1952, 410 (411), Constanze I, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Reichsgericht. Sindsdien algemeen aanvaard. Zie daarover verder de verschillende onderscheidingscriteria en de verwijzingen aangehaald door BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (91-92) en de noot D.REIMER, Brüning-Memoiren I. Een mooie doch voor de praktijk weinig vooruitgang biedende omschrijving biedt OLG Köln, 28 aug. 1973, GRUR, 1974, 418, Vorwurf des Fanatismus:

"Tatsachenbehauptungen sind so geartet, dass sie demjenigen, der den zugrundeliegenden Sachverhalt kennt, nur das Urteil "richtig" oder "falsch" erlauben, eine andere Bewertungsmöglichkeit dagegen ausschliessen. Daraus folgt, dass solche Behauptungen prinzipiell beweisbar sind, mögen auch im Einzelfall die faktischen Beweismöglichkeiten mehr oder weniger eingeschränkt sein oder sogar überhaupt nicht bestehen. Im Gegensatz dazu stehen Aeusserungen, die sich der Kennzeichnung als "richtig" oder "falsch" entziehen, weil sie einen Sachverhalt nicht wiedergeben, sondern ihn oder seinen Urheber beurteilen. Solche Urteile können angenommen oder abgelehnt werden, je nachdem, ob man den Standpunkt, von dem aus sie gefällt werden, teilt oder nicht. Sie sind nicht richtig oder falsch, sondern annehmbar oder nicht annehmbar und wegen ihrer subjektiven Einfärbung einem Beweis nicht zugänglich."

(454) Men spreekt van het beweren van een feit (Behauptung), wanneer men dit voorstel als de uitdrukking van eigen kennen of eigen overtuiging; men verbreidt een feit, zo men het als een mededeling, die men van anderen kent, verdergeeft: ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 284-285 met verdere verwijzingen.

feiten te moeten leggen, indien het oordeel dat wordt uitgesproken op bewijsbare gegevens steunt en de persoonlijkheidsimpact van de mededelende op dit oordeel gering is (456). Deze brede uitlegging van wat feiten zijn acht men vereist om de bescherming van de eer en de goede naam niet al te zeer in te perken (457). Zoals gezegd is dit geen gemakkelijke taak, aangezien het onderscheid tussen feiten en meningen of waardeoordelen niet alleen theoretisch vaag mag worden genoemd, maar ook moeilijk toepasbaar (458). Principieel valt de weergave van feiten in ruime mate onder art.5 GG (459). Als algemene wetten die in aanmerking komen ter beperking, is allereerst § 824 BGB te vermelden. Door een negatieve beoordeling kunnen vergelijkende warentests immers het krediet van een ondernemer in gevaar brengen, zodat bij onjuistheid van het beweerde of verbreide, § 824 BGB toepassing zal vinden. Een vast waarheidsvereiste wordt dus ter beoordeling geponeerd (460). en deze maatstaf is streng: nalatigheid bij de verificatie of een aanneembaar gemaakte verplichting om de onjuistheid te kennen,

(455) Daarover: RG, 14 maart 1914, RGZ, 84, 294, Rapidkessel; RG, 25 nov. 1939, RGZ, 163, 167, Cormed-Coramin; BGH, 14 juli 1961; GRUR, 1962, 45, noot D.REIMER en NJW, 1961, 1916, noot VOLP, Betonzusatzmittel; BGH, 30 okt. 1963, GRUR, 1964, 33 Bodenbeläge; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 3-7 bij § 14 UWG.

(456) BGH, 26 okt. 1951, GRUR, 1952, 410, Constanze I; BGH, 9 nov. 1971, GRUR, 1972, 435 (438) noot KNOFF, Grundstücksgesellschaft.

(457) ERDSIEK, a.c., Festschrift Nipperdey, 257 (269); HELLE, o.c., blz. 33; RIDDER, Meinungsfreiheit, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, o.c., blz. 248 (264); MAUNZ-DUERIG, o.c., nr. 51 bij art.5 GG; REIMER D., noot sub BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (93), Brüning-Memoiren I. Contra: WENZEL, a.c., GRUR, 1969, 522(528).

(459) BVerfG, 5 aug. 1966, BVerfGE, 20, 162 (176), met verdere verwijzingen; BVerfG, 4 april 1967, BVerfGE, 21, 271 (278-279); VON MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, blz. 239; HELLE, o.c., blz. 30.

(460) ULMER in ULMER et alii, o.c., blz. 18-19.

volstaan om de aansprakelijkheid van de zich uitende persoon te be-
gronden (461). Een rechtvaardigingsgrond voor de eventuele onjuist-
heid biedt § 824, Abs.2 BGB slechts dan, zo diegene tot wie de
mededeling zich richtte of de mededelende persoon zelf een recht-
matig belang hadden bij de mededeling. In dit geval is er geen
verplichting tot schadeloosstelling, in zoverre de mededelende de on-
juistheid niet kon kennen (462). Men maakt dus onderscheid tus-
sen de weergave van juiste feiten, de weergave van feiten wier
juistheid niet kan bewezen worden en het weergeven van onjuiste
feiten (463). Deze laatste zijn niet door de persvrijheid gedekt,
daar er geen belang aantoonbaar is dat hun bekendmaking kan recht-
vaardigen, wanneer zij opzettelijk werden weergegeven en de persoon
die ze publiceerde hun onjuistheid kende of diende te kennen (464).

(461) RG, 14 maart 1914, RGZ, 84, 294 (295), Rapidkessel; ENNEC-
CERUS-LEHMANN, Schuldrecht, II, § 271, I, 3; LARENZ, Schuldrecht,
II, § 66; WENZEL, o.c., blz. 113 e.v. Nochtans is men niet ver-
plicht eerst degene waarover geschreven wordt te raadplegen (au-
diatur et altera pars): deze regel is niet algemeen bindend, doch
het is de door de omstandigheden vereiste zorgvuldigheid die be-
paalt of de betrokkene moet worden gehoord: BGH, 21 juni 1966,
GRUR, 1966, 633(635), noot WENZEL, Teppichkehrmaschinen.

(462) ENNECCERUS-LEHMANN, o.c., blz. 964. Echter wel tot Unter-
lassung of tot Beseitigung. Nochtans heeft men erop gewezen dat
§ 824 BGB voor wat betreft zijn tweede lid, voor de publikatie
van vergelijkende warenonderzoeken niet in aanmerking komt: doel
is de verbruiker toe te laten een juiste keuze te treffen, zodat
hij alleen gebaat is met juiste informatie. Elke onjuistheid druist
in tegen het doel der tests, zodat een rechtmatig belang niet kan
bestaan. VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 75; WENZEL, o.c., blz. 114;
KELLER, o.c., blz. 31. Contra: BOFINGER, a.c., NWJ, 1965, 1833 (1838),
die meent dat men steeds lichtzinnigheid moet eisen van de mede-
delende.

(463) Deze drieledige indeling komt van ERDSIEK, a.c., Festschrift
Nipperdey, 257 (269).

(464) Zelfs niet zo zij in twijfelende vorm werden weergegeven:
RGSt, 6 maart 1906, RGSt, 38, 368 en sindsdien algemeen aanvaard.
Zie recent: BGH, 9 nov. 1971, GRUR, 1972, 435 (438), noot KNOPP,
Grundstücksgesellschaft; BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (91),
noot REIMER, Brüning-Memoiren I.

Bij de weergave van feiten wier juistheid niet kan bewezen worden, de speciale arbeidsvoorwaarden van de pers in acht genomen, aanvaardt men dat de gestelde voorwaarden niet mogen overspannen worden. Dit bevrijdt echter niet van zorgvuldig onderzoek, waar dit mogelijk was (465).

Zo geen enkele controle gebeurde of zo het relaas van twijfelachtige getuigen of bronnen werd weergegeven, is er geen beroep op de persvrijheid mogelijk om zich te rechtvaardigen (466). De aansprakelijkheid van de pers komt niet in het gedrang, zo de behartigde belangen de mededeling rechtvaardigden en de juiste toedracht van de zaak de berichtgever ontsnapte, ondanks de zorg waarmee hij te werk ging (467). Lijdt een ondernemer daardoor schade, dan heeft hij geen aanspraak op schadeloosstelling tegenover de auteur (468). Als rechtvaardigingsgrond voor de publikatie komen in aanmerking: een beroep op de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid (469); de behartiging van het rechtmatig belang der ver-

(465) BVerfG, 25 jan. 1961, BVerfGE, 12, 113 (130). A fortiori aldus voor een vergelijkend warenonderzoek, waarvoor zorgvuldig onderzoek een noodzaak is.

"Beeinträchtigende Tatsachenbehauptungen können ohne Rücksicht auf die Beweislast dann als unrichtig angesehen werden, wenn ihr Urheber im Rechtsstreit eine nähere Substantiierung verweigert, obwohl sie ihm nach eigener Darstellung ohne weiteres möglich sein müsste." BGH, 9 juli 1974, B.B., 1975, 9 (résumé).

(466) BGH, 15 jan. 1963, NJW, 1963, 665, Call-girl; BGH, 20 mei 1969, GRUR, 1969, 555 (557), noot MICHELI, Cellulitis; OHLGART, o.c., blz. 41-44.

(467) WENZEL, Das Recht der Wort-und Bildberichterstattung, blz. 138 e.v.; WENZEL, Wettbewerbsäusserungen und Informationsinteresse, GRUR, 1968, 626 (628-629) met verdere verwijzingen; Adde: BGH, 25 april 1967, GRUR, 1967, 540, Die Nächte der Birgit Malmström en de noot KLEINE bij dit arrest.

(468) WEITNAUER, a.c., DB, 1963, 55 (58); RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1028); REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 279 met verdere verwijzingen. Wel op Unterlassung of Beseitigung: KNOPP, noot sub BGH, 9 nov. 1971, GRUR, 1972, 435 (439), Grundstücksgesellschaft.

(469) NEUMANN-DUESBURG, Einschränkung des Geltungsbereichs des § 824 BGB durch die Meinungs- und Informationsfreiheit, NJW, 1968, 81 (84); ARNDT, Umwelt und Recht, NJW, 1964, 1312; TETZNER, a.c., NWJ, 1965, 725 (726).

bruikers bij de geboden voorlichting (470); de "Sozialadäquanz" van de tests (471). Juiste beweringen of bekendmakingen zijn steeds toegelaten, zelfs zo zij schade toebrengen. Geen rechtvaardiging is vereist (472). Dit is vooral zo, wanneer bekendmaking van feiten en kritische overdenkingen daarbij - zoals dit het geval is voor radio, pers en televisie - tot de opdracht van de kritiserende behoort (473). Onjuiste beweringen kunnen uitzonderlijk ook toegelaten zijn zo de persoon over wiens activiteit wordt bericht, zelf aanleiding gaf tot de foutieve uitspraak (474). Een uitzondering op deze principes wordt slechts gemaakt, zo zonder reden noch noodzaak, feiten uit de privésfeer worden in het daglicht gesteld (475).

(470) WEITNAUER, a.c., DB, 1963, 55 (58). Bij redactionele bijdragen moet nochtans nagegaan worden of er een voldoende belang bij de verbruikers aanwezig is en of de kring der geïnteresseerden representatief en voldoende groot is: OLG Köln, 23 sept. 1970, WRP, 1971, 36.

(471) VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 46; RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1028); ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 278 met verdere verwijzingen.

(472) ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 18-19. Dit onderscheidt de feiten ook van de meningen en de waardeoordelen: de voorschriften die bescherming bieden tegen feitenbeweringen of -verbreidingen gelden slechts zo de onjuistheid ervan vaststaat of hun juistheid niet kan bewezen worden; de voorschriften inzake meningsuitingen en waardeoordelen kunnen ook leiden tot een verbod van uitingen waarvan de waarheid vast staat: D.REIMER, noot sub BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (93), Brüning-Memoiren I.

(473) OLG Düsseldorf, 25 sept. 1964, BB, 1964, 1361, bevestigd door BGH, 26 juni 1966, NJW, 1966, 2010, Teppichkehrmaschinen.

(474) BGH, 25 april 1967, GRUR, 1967, 540, noot KLEINE, Die Nächte der Birgit Malmström.

(475) BGH, 15 jan. 1963, NJW, 1963, 665, Call-girl. LOFFLER, Presse-recht, nr. 30 bij § 1 RPG, leidt dit af uit art.5 GG dat de vrijheid van informatie uit algemeen toegankelijke bronnen garandeert, waaronder de privésfeer der burgers niet valt. Evenzo: BOUKEMA P.J., o.c., blz. 42. Een commercieel werkzame rechtspersoon heeft geen privé-sfeer: BGH, 24 okt. 1961, GRUR, 1962, 108 (109), noot FREIIN VON ERFFA, Waffenhandel; BGH, 16 nov. 1970; GRUR, 1971, 273 (275), noot SAMWER, Chamotte.

Is voor de beoordeling van feiten maatgevend § 824 BGB, dan komt voor extreme gevallen waar schadetoebrenging plaats grijpt op een manier die indruist tegen de gute Sitten, ook § 826 BGB in aanmerking. Het begrip der gute Sitten moet door de rechter uit het heersende volksbewustzijn en het behoorlijkheidsgevoel der doorsnee burgers (das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden) worden afgeleid (476). Daar § 826 BGB een bewuste schadetoebrenging eist, waarbij de aansprakelijke de mogelijkheid van schadetoebrenging duidelijk voor ogen had, komen slechts bewust foutieve weergaven en opzettelijke vertekeningen in aanmerking (477). In dit geval zouden de uitingen ook beledigend kunnen worden geacht, zodat § 823, II BGB samen met § 185 e.v. StGB van toepassing zouden zijn (478), naast een mogelijke toepassing van het UWG wegens

(476) RG, 11 april 1911, RGZ, 48, 114 (124) en sindsdien de algemeen aanvaarde formulering. Zie: PALANDT, o.c., nr. 2 bij § 826 BGB; ROSENTHAL-BOHNENBERG, o.c., nr. 407; ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 956. In de recente rechtspraak wordt soms de formulering in handelszaken aangepast tot "Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbebetreibenden: BGH, 8 juli 1955, GRUR, 1955, 541 (542); BGH, 20 mei 1960, GRUR, 1960, 558 (561). Men lette evenwel op: "Es gibt aber nicht, ..., in allen Fällen von Sitte und Anstand eine einheitliche Anschauung "aller" derartigen (t.t.z. verständiger, billig und gerecht denkender L.B.) Menschen. Beim Bestehen abweichender Anschauungen über eine solche Frage können die Träger der einen Anschauung Andersdenkenden nicht schlechthin der Verständigkeit oder billige und gerechte Denkart absprechen." BVerwG, 23 febr. 1960, NJW, 1960, 1407 (1409).

Er is nochtans slechts één begrip der gute Sitten, m.a.w. er bestaat geen specifieke concurrentierechtelijke notie die zou verschillen van deze die geldt in het algemeen in het burgerlijk recht: SACK, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRUR, 1970, 493 (502) met verwijzingen.

(477) ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 18; BOFINGER, a.c., NJW, 1965, 1833 (1839).

(478) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 69, bij § 1 UWG en nr. 3-4 bij overzicht vóór § 14 en 15 UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 334. De commerciële eer van een handelsvennootschap wordt door de strafbepalingen der belediging (§ 186 en 187 StGB) niet beschermd, wel echter door § 193 StGB: RG, 2 jan. 1905, RGZ, 60, 1 Javol met verwijzingen. Volgens sommige auteurs is § 823, II BGB en § 185 e.v. StGB nooit toepasselijk:

.../...

onvoldoende neutraliteit.

Naast deze voorschriften komt ook § 823, I BGB in aanmerking. Daarvolgens is ware kritiek steeds toegelaten, indien deze op feiten stoelt (479). Het is niet juist te stellen dat ware tests, voor zover zij feiten inhouden, uitsluitend onder § 824 BGB vallen (480). Niet alleen onttrekt men aldus aan § 823, I BGB zijn algemene betekenis, bovendien blijkt uit de rechtspraak dat, bij de verbreiding of bewering van juiste handelsschadende feiten, men voornamelijk steunt op § 823, I BGB en niet op § 824 BGB.

Hiervoor is natuurlijk vereist dat geen concurrentieel oogmerk voorzat bij de zich uitende persoon, zoniet is § 1 UWG toepasbaar (481). Indien een inbreuk in het recht op de handelszaak en de commerciële activiteit door het meedelen van feiten gebeurt, dan is zulks niet principieel onrechtmatig (482). De onrechtmatigheid van de inbreuk volgt alleen uit het feit dat de schadetoebrenging op een niet goed te praten wijze gebeurde. Of dit het

.../... HARTIG, o.c., blz. 33; VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 73 e.v.; GRASSMANN, o.c., blz. 66 e.v. Volgens hen is het nooit eerrovend te beweren dat de economische prestaties van de één minder zijn dan die van een ander, zolang men maar de persoon van de ondernemer niet aanvalt.

(479) REIMER, noot sub BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (93); ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 335; ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 19. Contra: BOLLACK, a.c., MA, 1968, 3(8).

(480) § 824 BGB is geen lex specialis tegenover § 823, I BGB zodat de toepassing van dit laatste artikel niet uitgesloten wordt. Heersende mening, zie: HARTIG, o.c., blz. 34 met verwijzingen; PALANDT, o.c., nr. 1 bij § 824 BGB; ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, § 237, Anm. 1; ERMAN-GOERKE, Handkommentar zum BGB, nr. 1 bij § 824 BGB. Impliciet aldus: BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (91), noot REIMER, Brüning-Memoiren I. Contra: LOFFLER, Presserecht, I, blz. 497, nr. 122; WEITNAUER, a.c., DB, 1963, 55(56); VOLP, a.c., WRP, 1963, 109(114), KELLER, o.c., blz. 30; SCHEER, Deutsches Presserecht, § 6, blz. 236.

(481) BGH, 23 febr. 1954, GRUR, 333 (335), Molkereizeitung; BGH, 16 mei 1961, GRUR, 1962, 34(35), Torsana.

(482) BGH, 21 juni 1966, NJW, 1966, 1617, noot MOHRING, Höllenfeuer; BGH, 20 juni 1969, GRUR, 1969, 624 (627), noot KRIEGER, Hormoncrème.

geval is dient men door een belangenafweging te bepalen. Daarbij moet de rechter in het bijzonder voor ogen houden of de inbreukmaker al dan niet ter behartiging van rechtmatige belangen handelt. Bij de beoordeling hiervan dient de rechter aan de zich uitende persoon een grote beoordelingsspeelruimte te laten om de bescherming door art.5 GG geboden, niet totaal illusoir te maken (483).

100. Een vergelijkend warenonderzoek kan ook waardoordelen bevatten. Deze worden gedefinieerd als oordelen over wetenschappelijke, handelaars- of kunstenaarsprestaties (484). Meestal zijn ze objectief niet controleerbaar, hoewel ze op research berusten, doch naast een gedeeltelijke feitelijke impact ook subjectieve waarnemingen of oordelen inhouden. Daarom is § 824 BGB op hen niet toe-
pasbaar en komen slechts § 826 en 823 BGB ter beoordeling in aan-
merking, op de wijze en met de beperkingen zoals hoger werd omschre-
ven (485).

(483) BGH, 21 juni 1966, NJW, 1966, 1617, noot Ph. MOHRING, Hölle-
feuer; BGH, 14 jan. 1969, GRUR, 1969, 304 (305), noot BIELENBERG,
Kredithaie; BGH, 20 juni 1969, GRUR, 1969, 624 (627), noot KRIEGER,
Hormoncrème; BGH, 17 dec. 1969, GRUR, 1970, 465 (466), Prämixe.

(484) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr.5 bij § 14 HWG. Zie het citaat
uit OLG Köln, 28 aug. 1973, GRUR, 1974, 418, Vorwurf des Fanatis-
mus, supra, n.453 . Om een waardering of waardeoordeel tegenover
een feitenbewering of -verbreiding te stellen, geeft BGH, 30 mei 1974,
GRUR, 1975, 89 (91), noot D. REIMER, Brüning-Memoiren I, als krite-
rium: "Freilich können in beeinträchtigenden Äusserungen durch-
aus Tatsachenbehauptungen und Werturteile verschiedener Art mit-
einander verbunden sein. Entscheidend ist dann, ob der tatsäch-
licht Gehalt der Äusserung so substanzarm ist, dass er gegenüber
der subjektiven Wertung in der Hintergrund tritt oder ob das nicht
der Fall ist." Vgl. BGH, 28 jan. 1969, GRUR, 1969, 368, noot KLAKA,
Unternehmensberatung; BGH, 10 dec. 1969, GRUR, 1970, 254 (255),
noot BROSTE, Remington, dat bepalend acht "ob die Behauptung in
den Augen eines nicht unerheblichen Teils der Empfänger den Cha-
rakter eines Werturteils oder einer dem Beweis zugänglichen Tat-
sachenbehauptung hat."

(485) RG, 14 maart 1914, RGZ, 84, 294 (296-297), Rapidkessel;
ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 963; PALANDT, o.c., nr.2
bij § 824 BGB. Contra: VULP, a.c., WRP, 1963, 109 (114).

.../...

101. Onderzocht moet nog worden of het bestaan van een verplichting kan worden aanvaard, in hoofde van de testorganisatie, om de verschillende producenten of verdelers van voor het onderzoek in aanmerking komende produkten, gelijk te behandelen.

Allereerst rijst hierbij het probleem op welke grondslag deze verplichting kan berusten en wat haar preciese inhoud is. De meningen hierover lopen tamelijk sterk uit elkaar.

Zo werd beweerd dat de gelijkheid van alle mensen op het domein van het privaatrecht en hun gelijke behandeling als principe stilzwijgend in het BGB is erkend en neergeschreven (486). Tegen deze opvatting pleit echter het feit dat de wetgever het nodig achtte meerdere artikelen van het BGB te wijzigen tot gelijkstelling van man en vrouw door het Gleichberechtigungsgesetz, zodat slechts sedertdien mogelijk deze opvatting kan worden bijgetreden (487).

Anderen hebben een beroep gedaan op het principe der gelijkheid voor de wet, neergelegd in art.3 GG. Over de inwerking ervan op het privaatrecht verschillen de auteurs echter van mening. Sommigen wijzen op de algehele Drittwirkung hiervan (488), terwijl deze door anderen wordt ontkend (489) of betwijfeld (490). Anderen

.../...Omdat § 824 BGB op waardeoordelen niet toepasbaar is, wordt voor hen een rechtvaardigingsgrond wegens de behartiging van rechtmatige belangen opgebouwd door analogische toepassing van § 193 StGB. Daar deze aan het strafrecht ontleend is, biedt hij een bredere bescherming dan § 824,2 BGB of § 14 UWG: in het strafrecht kan een vermeend belang volstaan, in het civiel recht dient dit belang objectief vast te staan: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 28 bij §14 UWG met verwijzingen. Dit stemt ook overeen met zekere oudere rechtspraak die de geoorloofdheid van een waardeoordeel principieel laat afhangen van de overtuiging van de zich uitende persoon, dat hij het bij het rechte eind heeft: RG, 15 jan.1932, RGZ, 135, 38.

(486) ROSENTHALL-BOHNENBERG, o.c., nr.9.

(487) Daarover: Hildegard KRUEGER, Ernst BREETZKE, Kuno NOWACK, Gleichberechtigungsgesetz, München, Berlin, 1958.

(488) ENNECCERUS-NIPPERDEY, o.c., § 15 II d; KRUEGER-BREETZKE-NOWACK, op.c., E 164 e.v.

(489) VAN MANGOLDT-KLEIN, o.c., I, blz.203; PALANDT, o.c., § 242, nr.1bb.

(490) Hans Peter IPSEN, Gleichheit, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER.../..

kennen het artikel een indirecte Drittwirkung toe, waarvolgens het via § 138, 242 en 826 BGB in het privaatrecht ingrijpt (491). Deze laatste opvatting, die meest in de lijn ligt van het Lüth-arrest en de daarnaar gerichte verdere rechtspraak van BVerfG en BGH, dient wellicht te worden bijgetreden. Dienvolgens dient de testorganisatie de verschillende ondernemers en hun produkten die in aanmerking komen voor vergelijkend onderzoek, op voet van gelijkheid te behandelen en dient een afwijking daarvan objectief verdedigbaar te zijn om gerechtvaardigd te kunnen worden. Er wezenochtans opgemerkt dat de testorganisatie ook een beroep kan doen op de vrijheid van meningsuiting in haren hoofde om een onderscheiden behandeling te rechtvaardigen, zodat een nauwgezette belangenafweging die rekening houdt met alle omstandigheden van het te beoordelen geval, aangewezen is.

Aansluitend hierbij dient ook even te worden onderzocht of het kartelrecht eventueel niet van toepassing zou kunnen zijn. Ook in het GWB verplichten zowel § 3 als § 26 tot gelijke behandeling van gelijke feitelijke gegevens, hoewel zij niet de ongelijke behandeling van verschillende prestaties verbieden(492). Deze ongelijke behandeling kan in een benadeling van een gediscrimineerde bestaan, zowel als in een bevoordeling van zijn concurrenten. Gelijke behandeling van ongelijke feitelijke gegevens valt

.../... o.c., II, blz. 111 (144); vgl. BVerfG, 12 okt. 1951, BVerfGE, 1, 14 (52); BVerfG, 20 dec. 1966, BVerfGE, 21, 12 (26).

(491) VON MUENCH, Grundgesetz Kommentar I, blz. 28; MODEL-MUELLER, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar, blz. 56 die ook het Schikaneverbod van § 226 aanstippen. Contra: PALANDT, o.c., § 242, nr. 1 bb; STAUDINGER (WEBER), § 242, A 359 e.v.

(492) BENISCH, in MUELLER-HENNENBERG-SCHWARTZ, GWB Gemeinschaftskommentar, nr. 76 bij § 3 GWB; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 237 bij § 1 UWG; BGH, 27 sept. 1962, GRUR, 1963, 86, Grote-Revers.

evenwel niet onder het kartelrecht, hoewel zij een discriminatie inhoudt (493).

Bovendien is voor de toepassing van de kartelrechtelijke bepalingen vereist het bestaan van een marktbeheersende onderneming in de zin van § 22 GWB. Dit artikel vereist de produktie van waren of het presteren van diensten door een onderneming die geen concurrentie heeft of hoeft te duchten (494). Of een warentestorganisatie onder deze artikelen kan vallen is daarom reeds twijfelachtig, daar zij mogelijk op de markt waarop zij zelf werkzaam is en concurreren kan met andere warentestorganisaties een machtspositie inneemt, doch niet op de markt van de ondernemers die zij beoordeelt, werkzaam is (495). Er is nochtans gepleit voor een analogische toepassing van § 22, 26 en 27 GWB op warentestorganisaties via § 823, II BGB (496). Gezien het bovenstaande is dit echter vrij overbodig en mag men eraan twifelen of - uitzonderlijke omstandigheden daargelaten - deze artikelen uit het GWB Schutznorm ten voordele van een door een warentest ongelijk behandelde ondernemer kunnen zijn (497).

(493) RIESENKAMPEFF, Zum Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 Satz 2 GWB, BB, 1975, 72-74; BENISCH, o.c., l.c., nr. 52 bij § 26 GWB met verwijzingen; RIESENKAMPEFF, Umfang des Diskriminierungsverbots nach § 26, Abs.2 Satz 2 GWB, BB, 1974, 206-208.

(494) § 22, 1 en 2 GWB; BARTHOLOMEYCZIK, in MUELLER-HENNENBERG en SCHWARTZ, o.c., nr. 1 e.v. bij § 22 GWB.

(495) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland; nr. 875, blz. 630; Vgl. BGH, 21 juni 1971, GRUR, 1972, 40, noot HEFERMEHL, Verbandszeitschrift.

(496) GRASSMANN, o.c., blz. 109 e.v.

(497) OLG Frankfurt, 24 jan. 1974, WRP, 1974, 212 (215) voor een commerciële onderneming uit de autobatterijen-branche die hotelgidsen publiceert (Varta-gids) en die in rechte wordt aangesproken door de eigenaars van een hotel dat een verlaging van beoordelingscategorie kreeg. RINCK, a.c., BB, 1961, 613.

.../...

102. Een laatste vraag betreft de bewijslast.

Zo de objectieve, vastgestelde aantasting der handelszaak de inbreuk op de beschermende rechtsregels zou indiceren, dan draagt de inbreukmaker de bewijslast. Dit zou echter een enorm procesrisico leggen op de handelende persoon en strijden met de vrijheid van handelen en van meningsuiting. Eveneens zou rechtsonzekerheid in de hand worden gewerkt (498).

Indien men met HEFERMEHL aanvaardt dat de aantasting van de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid rechtsneutraal is en de inbreuk moet beoordeeld worden door een tegenover elkaar waarden van de storende handeling en de bescherming die het gekrenkte recht beoogde te geven (499), dan moet in elk geval uitgemaakt worden wie de bewijslast zal dragen.

Met de evolutie van de rechtspraak over de verhouding van de bescherming der persvrijheid en der meningsuitingsvrijheid tegenover het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid, heeft tevens een belangrijke verplaatsing van de bewijslast plaatsgegrepen naar de gekrenkte toe.

Resumerend kan worden gesteld: de verbruikersorganisatie kan niet verboden worden waren en diensten naar objectieve criteria te ver-

.../...Wel is § 26,2 GWB Schutzgesetz in de zin van § 35 GWB; § 22 GWB niet, omdat dit artikel in tegenstelling tot § 26,2 GWB alleen het algemeen belang en niet ook rechtstreeks de bescherming van individuele belangen op het oog heeft, bescherming die als gevolg moet hebben een rechtstreekse en daadwerkelijke aanspraak te verlenen, wat een vereiste is om Schutznorm in de zin van § 35 GWB zowel als in de zin van § 823, I BGB te kunnen zijn: BGH, 22 okt. 1973, BB, 1974, 246-247. Vgl. BGH, 27 sept. 1962, BB, 1962, 1397, Sanifa.

(498) BOFINGER, a.c., NJW, 1965, 1833 (1836).

(499) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 111 en 118 bij Allg. UWG; BGH, 20 juni 1969, GRUR, 1969, 624 (627) noot KRIEGER, Hormoncreme.

gelijken. Dit waarborgen § 2 en 5 GG.

De ondernemer die schade lijdt moet de aantasting van zijn handelszaak dulden, zolang het onderzoek binnen de vereisten van neutraliteit, juistheid of objectiviteit en zakelijkheid wordt gevoerd en gepubliceerd. Ware feitelijke mededelingen en niet-beledigende meningsuitingen zijn steeds toegelaten, ongeacht hun economische gevolgen (500).

Dit wordt gegarandeerd door § 824 BGB en volgt uit een juist begrip van het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid; bij onvoldoende neutraliteit zijn § 2 en 3 en 14 UWG naast § 826 BGB aanwendbaar.

Bij onvoldoende zakelijkheid of objectiviteit komt bij opzettelijke, tegen de gute Sitten indruisende kritiek § 826 BGB in aanmerking. Bij onjuistheid geldt § 824 BGB steeds omdat uit het doel der vergelijkende warentests volgt dat slechts juiste kritiek met hun wezen overeenstemt.

Voor waardeoordelen of meningen die buiten de grenzen van § 826 BGB onrechtmatig zouden worden bevonden, komt § 823, Abs.1 BGB in aanmerking en kan de testorganisatie zich ter rechtvaardiging beroepen op § 5 GG of § 193 StGB.

(500) KUBLER, a.o., AcP, 172 (1972), 177 (188 e.v.); Vgl. BVerfG, 11 jan. 1958, BVerfGE, 7, 198 (219): "Wenn es darum geht, dass sich in einer für das Gemeinwohl wichtigen Frage eine öffentliche Meinung bildet, müssen private und namentlich wirtschaftliche Interessen einzelner grundsätzlich zurücktreten. Diese Interessen sind darum nicht schutzlos; denn der Wert des Grundrechts zeigt sich gerade auch darin, dass jeder von ihm Gebrauch machen kann. Wenn sich durch die öffentliche Äusserung eines anderen verletzt fühlt, kann ebenfalls vor der Öffentlichkeit erwidern. Erst im Wettstreit der in gleicher Freiheit vorgetragenen Auffassungen kommt die öffentliche Meinung zustande, bilden sich die einzeln angesprochenen Mitglieder der Gesellschaft ihre persönliche Ansicht". Zo ook: BGH, 21 juni 1966, NJW, 1966, 1617, noot P. MOHRING, Höllenfeuer; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.o., nr. 317 bij § 1 UWG; OLG Frankfurt-Main, 24 jan. 1974, WRP, 1974, 212 (214) en DB, 1974, 576.

103. Aanvullend dient nog op het volgende te worden gewezen: voor fouten begaan door het testinstituut is de testorganisatie aansprakelijk krachtens § 831 BGB (de zgn. Geschäftsherrnhaltung für Ver-richtungsgehilfen). In bepaalde gevallen, waar het testinstituut zeer zelfstandig optrad zal de toepassing ervan uitgesloten zijn: het artikel eist een zekere afhankelijkheid zodat, indien het testinstituut volgens eigen deskundigheid en opvattingen vermag te werken, § 831 BGB niet in aanmerking kan komen (501). Het ontlastingsbewijs (Exkulpationsbeweis) kan de testorganisatie niet leveren daar zij steeds moet falen in haar pogingen om aan te tonen dat voldoende zorg bij de doorvoering van het onderzoek en de keuze van het laboratorium werd aangewend (502).

Wanneer de test foutief geoordeeld wordt en een verdere inbreuk te vrezen valt, komt de quasi-negatorische aanspraak tot nalaten (Unterlassungsanspruch) gegrond op § 12, 861 en 1004 BGB toe aan de gekrenkte. Daartoe volstaat dat er een onrechtmatige inbreuk dreigt. Dit is algemeen aanvaard op het domein der economische Schutznormen (503). Indien de rechter echter aanvaardt dat door de foutief doorgevoerde of gepubliceerde test een voortdurende aantasting der handelszaak wordt geschapen, kan men naast het nalaten, ook de Beseitigung ervan door aangepaste maatregelen eisen (504).

(501) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 980; PALANDT, o.c., nr.3 bij § 831.

(502) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 982; RINCK, a.c., BB, 1960, 949 (951).

(503) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 1011; RG, 18 dec. 1920, RGZ, 101, 136; BGH, 19 juni 1951, GRUR, 1952, 35, Widia; BGH, 15 dec. 1953, GRUR, 1954, 174; Kunststofffiguren I; BGH, 10 april 1956, GRUR, 1957, 84 (86), Eindbrandflaschen.

(504) PALANDT, o.c., nr.5 bij § 1004 BGB; HELLE, a.c., NJW, 1962, 1177 (1181) die stelt dat het voortbestaan van de wederrechtelijke inbreuk steeds aanwezig is bij publicaties en dat een verklaring dat de test onjuist was, onvoldoende is: de test moet na- dien juist worden gepubliceerd. Deze mening wordt gesteund door

Beide aanspraken beogen een vorm van schadeloosstelling - zij het een gedeeltelijke - anders dan door de toestand van vóór de schadelijke handeling te herstellen (505).

Een bijzondere vorm van Beseitigung die tegenover schadelijke feitenmededelingen, van welke aard ook, aangewezen is, is de aanspraak op Beseitigung door herroeping (Widerruf), welke zowel op § 824 als op § 823 of op § 1004 BGB kan worden gesteund. Vereist is echter dat het om feiten gaat die werden bekend gemaakt (506). De eiser draagt de bewijslast en dient de onjuistheid der feiten aan te tonen. Steunt men op § 14 UWG dan draagt de verweerder de bewijslast (507). Vereist is verder dat de beweringen een voortdurende bron van eerkrenking uitmaken en de herroeping van aard is en aangewezen om deze storende toestand te beëindigen, dan wel te milderen (508).

De aanspraak op Widerruf wordt door de aanwezigheid van rechtmatige belangen in hoofde van de persoon die de feiten bekend maakte, niet uitgesloten, zo hun onjuistheid vaststond (509).

.../...§ 249 I BGB dat schadeloosstelling in natura als algemene regel verplicht stelt. Was de test juist en werd deze nadien door gewijzigde omstandigheden onjuist, dan is geen Beseitigung mogelijk. De rechtspraak erkent slechts één uitzondering de weigering te berichten over de in kracht van gewijsde gegane opheffing van een vroegere strafrechtelijke veroordeling: BGH, 30 nov. 1971, GRUR, 1972, 666, Freispruch; RG, 19 juni 1907, RGZ, 66, 227. Kritiek: WENZEL, Der Anspruch auf Ergänzung überholter Pressemeldungen, GRUR, 1972, 634 (635 e.v.).

(505) RG, 12 jan. 1920, RGZ, 97, 343; ERMAN-GOERKE, o.c., nr.6 bij § 1004 BGB.

(506) BGH, 20 juni 1961, NJW, 1961, 1913; BGH, 17 nov. 1964, GRUR, 1965, 294, Volkacher Madonna; BGH, 20 mei 1969, GRUR, 1969, 555 (557); noot MICHELI, Cellulitis; ESSER, Schuldrecht, Bes.Teil, blz. 472; PALANDT, o.c., nr.5 B bij § 1004 BGB.

(507) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 1012 onder verwijzing naar RG, 31 mei 1904, RGZ, 58, 207 en RG, 16 okt. 1905, RGZ, 61, 366.

(508) Vaste rechtspraak. Zie recent: BGH, 10 dec. 1969, GRUR, 1970, 254 (256), noot DROSTE, Remington, met verwijzingen.

(509) RG, 9 april 1932, RGZ, 140, 392; BGH, 3 dec. 1968, GRUR, 1969,

.../...

Gesteld wordt verder dat de herroeping naar vorm en inhoud niet mag gaan buiten de perken van het noodzakelijke voor het ongedaan maken der schadelijke gevolgen van de krenking voor de toekomst (510).

Slaagt eiser er niet in de onjuistheid aan te tonen en kan verder de juistheid van het geuite niet bewijzen, dan zal verder niet tot Widerruf kunnen worden veroordeeld, doch wel tot Berichtigung of Richtigstellung als mindere en mildere vorm van Widerruf. Deze bestaat in de verklaring dat de uiting niet had mogen worden gesteld in de vorm waarin zij geschiedde. Dit kan door een rechtzetting der vroegere bewering ofwel door een verklaring van de zich uitende persoon, dat hij zijn bewering niet meer staande houdt.

Voor de Berichtigung zijn dezelfde vereisten gesteld als voor een aanspraak op Widerruf. Derhalve zal een belangenafweging noodzakelijk zijn of en in welke vorm een van beide vorderingen zal worden toegestaan. Een belang bij de toewijzing van zulke eis zal niet meer aanwezig zijn in hoofde van eiser, zo de eis niet strekt tot Beseitigung van een voortdurende storing, maar louter discussie beoogt, zo de rechtzetting zelf een onjuist beeld zou ophangen van de gebeurtenissen of zo, door het verloop van tijd tussen uiting en rechtzetting of herroeping ervan, de aangevochten

.../...236 (238), noot VON FALCK, Ostflüchtling. Zo ook voor de eis tot Unterlassung, omdat niemand een rechtmatig belang kan hebben bij een herhaling van een bewering of de verbreiding van feiten, wier onjuistheid onbetwifelbaar is: BGH, 30 mei 1974, GRUR, 1975, 89 (91), noot D. REIMER, Brüning-Memoiren I, met verwijzingen.

(510) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 1012; PALANDT, o.c., nr. 5 b bij § 1004 BGB. Een eis tot "Widerprüfung" tegen een onaanvechtbare of slechts op weinig belangrijke punten aanvechtbare test is onontvankelijk: GRASSMANN, o.c., blz. 93-94.

uiting niet ongedaan gemaakt, maar terug in herinnering zou worden gebracht (511).

Tot slot weze opgemerkt dat schuld - hetzij opzet, hetzij nalatigheid - in hoofde van de persoon die zich foutief en onjuist uitte, noch voor een Unterlassungs-, noch voor een Beseitigungsanspruch vereist is (512), maar wel voor elke andere vorm van schadeloosstelling. Al deze vormen hebben ten doel de ondernemer te vrijwaren van de omstandigheden die de inbreuk op zijn recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid ontoelaatbaar maakten (513).

104. Krachtens § 11 RPG bestaat er een plicht tot overdrukken van tegenstandpunten op aanvraag der rechtstreeks betroffen personen, welke beogen een rechtzetting te bieden van in een periodiek drukwerk medegedeelde feiten. Vereist is dat de rechtzetting ondertekend is, geen strafbare inhoud heeft en zich tot de mededeling van feiten beperkt (514) en dat de steller ervan een voldoende en rechtmatig belang heeft bij de rechtzetting.

De aard van dit voorschrift is erg formeel: zo de rechtzetting aan alle wettelijke vereisten voldoet, dan moet zij zelfs bij manifeste onjuistheid worden gepubliceerd (515). Dit formeel karakter

(511) OLG Stuttgart, 27 juli 1973, BB, 1973, 1504 met verwijzingen.

(512) LOFFLER, Presserecht, blz. 685; ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, blz. 1013; Vroeger anders: RG, 12 jan. 1920, RGZ, 97, 343.

(513) Hij kan echter niet verlangen terug te belanden in de positie waarin hij zich zou bevonden hebben ware er geen warentest geweest: § 242 BGB verhindert de vergoeding van rechtmatig toegebrachte schade: PALANDT, o.c., nr.1 bij § 242 BGB; STAUDINGER, o.c., § 242, D 35 e.v.

(514) Hetzelfde geldt in de verschillende Landespressegesetze

(515) LOFFLER, Presserecht, nr.5 bij § 11 RPG met uitvoerige verwijzingen; HELLE, o.c., blz.106-107; BGH, 10 maart 1964, NJW, 1964, 1132 (1134) met verdere verwijzingen. Omwille hiervan gebruikt men thans meestal de term Gegendarstellung of Entgegnung. Contra: WENZEL, o.c., blz. 256-257 volgens wie de betroffenen een onvoldoende wettelijk belang hebben bij zulke rechtzetting.

strekt zich ook uit tot de vereisten voor de rechtzetting: aldus komt slechts het loutere mededelen van feiten, niet het geven van waarderingen of kritiek in aanmerking. Dat de grenstrekking hier-tussen niet gemakkelijk kan gebauren, is evident en heeft tot spitsvondige onderscheiden aanleiding gegeven (516). Dat het om wetenschappelijk verkregen gegevens gaat, is zonder belang (517). Normaal betreft de rechtzetting slechts feiten van vóórde publi-catie en mogen geen omstandigheden of gebeurtenissen die daarna voorvielen worden vermeld. Dit verbod geldt evenwel niet zo de nieuwe feiten in verband met de te beantwoorden tekst, tot voor-lichting der lezers noodzakelijk of ten minste doelmatig is (518). Schuld of onrechtmatigheid van het geuite zijn niet vereist en de publicatie van tegenstandpunten kan zowel strafrechtelijk als ci-vielrechtelijk afgedwongen worden (519). Het recht tot rechtzet-ting kan echter voor warentestinstituten geen grote betekenis wor-den toegemeten daar het slechts de feitelijke gegevens van het on-derzoek betreft en daarover contact opgenomen wordt met de betrokken ondernemers vóór de publicatie (520). Meteen hebben zij slechts een

(516) Zie voorbeelden bij LOFFLER, Presserecht, nr. 59 en 92 bij § 11 RPG.

(517) BGH, 9 april 1963, GRUR, 1963, 638 (639), noot LOFFLER, Geisterreigen.

(518) WENZEL, o.c., blz. 255. Zo bij verandering van de aangege-ven prijs, het wijzen op het feit dat een bepaald model niet meer in voorraad is of niet meer vervaardigd wordt, etc.

(519) § 19, Abs. 1 RPG dat de ongerechtvaardigde weigering van pu-blicatie met Uebertretungsstrafe (van 1 dag tot 6 weken gevange-nisstraf en een boete tot 150 D.M. : § 18 StGB) bestraft. Civiel-rechtelijk komen § 823, 1 en 2 en § 826 BGB in aanmerking: zie: GRASSMANN, o.c., blz. 90-91. Vgl. BGH, 10 maart 1964, NJW, 1964.

(520) Volgens BORCK, Der vergleichende Warentest in der Werbung, WRP, 1963, 149 (153, noot 27) is de uitoefening van het recht op antwoord tegenover een correcte test een Irreführung (§ 3 UWG). Dit valt erg te betwijfelen gezien het formeel karakter van het recht en omdat het niet zeker is dat zulke uitoefening van het recht op antwoord moet worden beschouwd als een mededingingshandeling.

voldoende en rechtmatig belang tot rechtzetting van die gegevens waarover zij vóór de publicatie voorbehoud maakten en in de mate dat er met dit voorbehoud geen rekening werd gehouden.

105. Vóór de publicatie is geen optreden tegen een voorgenomen warenonderzoek mogelijk. Ook al werd de definitieve tekst van de warentest aan de ondernemers van de onderzochte produkten toegesonden, dan geldt dit niet als publicatie (521). Het voorbehoud van art.5,2 GG voor de algemene wetten die het meningsuitingsrecht en de persvrijheid kunnen beperken, geldt niet voor preventieve censuur (522) en de rechter mag daaraan niet meehelpen door in een privaatrechtelijk conflict de ene burger aan de censuur van de andere te onderwerpen (523).

Maar ook na de publicatie kan niet om het even welke maatregel worden uitgesproken, ook al wordt het censuurverbod dan beperkt door de algemene wetten in de zin van art.5, 2 GG. aldus kan een algemeen doorwerkend verbod, dat geen rekening houdt met de concrete omstandigheden, niet worden uitgesproken (524), en staat men zelfs soms aan de publicerende toe gedurende een bepaalde tijd voorhanden zijnde exemplaren van voor een ander schadelijk drukschrift verder te verspreiden, zo de onmiddellijke stopzetting van verdere verspreiding onbillijk zou zijn (525).

(521) ULMER, Urheberrecht, blz. 154.

(522) BVerfG, 25 april 1972, JZ, 1972, 585 (588), Der lachende Mann. Contra: LOFFLER, Presserecht, nr. 46 bij § 1 RPG.

(523) Vgl. OLG München, 20 dec. 1973, BB, 1974, 337; een verbod tot verspreiding van een groot gedeelte der oplage (500.000 ex.) van een tijdschrift, omdat daarin een verhaal onder de titel "Mord ohne Mörder" voorkomt, op welke titel alleen diegene die het verbod vraagt een exclusief recht kan laten gelden, kan niet worden toegewezen. Een belangenafweging verplicht tot het geven van voorrang aan de meningsuitingsvrijheid boven het recht op de bescherming van de titel.

(524) Vgl. BGH, 30 okt. 1963, GRUR, 1964, 33 (34), Bodenbeläge.

(525) De zgn. Aufbrauchfrist in het concurrentierecht. Zie: BGH, 10 mei 1957, GRUR, 1957, 499(504), Wit/Wipp; BGH, 31 mei 1960, NJW, 1960, 1856, Sektwerbung; BGH, 20 jan. 1961, JZ, 1961, 374, Mon Cherie II.

§ 3. Nederland

106. In het Nederlandse recht formuleert art. 7 G.W. (526) tamelijk stuntelig en al te beknopt de vrijheid van meningsuiting via een verbod van preventieve censuur en maatregelen van willekeur na de publikatie (527). Door interpretatie heeft men echter een vrij volledige, doch op meerdere punten sterk omstreden bescherming der vrije meningsuiting opgebouwd tegenover ingrijpen vanwege de staat (528). Aldus acht men beschermd, de vrijheid om er een eigen mening op na te houden, alle inlichtingen in te winnen om zich deze te vormen en het recht om al deze inlichtingen en meningen door te geven (529). Gezien de beknoptheid van art. 7 G.W. dat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad een uitings- en een daarvoor noodzakelijk doch eraan ondergeschikt

(526) Art. 7 G.W. luidt: "Niemand heeft voorafgaand verlof nodig, om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet." Daar men in Nederland geen afzonderlijke bepalingen ervoor kent, is door de persvrijheid ook de vrijheid van mening en van meningsuiting gedekt, hoewel deze laatste ook als principe besloten ligt in de grondwettelijk gewaarborgde vrijheden van godsdienst, vergadering en vereniging.

(527) BELINFANTE A.D., Beginselen van Nederlands Staatsrecht, blz. 174; OUD P.J. Het Constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, blz. 722; KRANENBURG R., Nederlands Staatsrecht, blz. 525; BOUKEMA P.J., Vrijheid van meningsuiting en artikel 7 van de Grondwet, R.M. Themis, 1969, 119 e.v. en de rechtspraak waarheen deze auteurs verwijzen.

(528) Historisch gezien bedoelt art. 7 G.W. slechts de drukpers, doch de rechtspraak breidde deze bescherming uit tot elke vermenigvuldigingswijze die kan dienen om ideeën, feiten en appreciaties uit te drukken: OUD P.J., o.c., blz. 720; H.R., 28 nov. 1950, N.J., 1951, 137; H.R., 23 mei 1961, N.J., 1961, 427; H.R., 24 jan. 1967, N.J., 1967, 270. Art. 7 G.W. is echter niet toepasselijk op radio en televisie: OUD P.J., o.c., blz. 720; BELINFANTE, o.c., blz. 175.

(529) AUBEL, Persoon en Pers, blz. 84 e.v.; BOUKEMA P.J., Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en Nederland, blz. 103 e.v.; DRESEN, o.c., blz. 40 e.v.; H.R., 25 juni 1966, N.J., 1966, 115.

verspreidingsrecht bevat (530), doet men vaak een beroep op art.10 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden dat een meer uitgebreide regeling bevat en een uitgebreider toepassingsgebied heeft, doch ook ruimere beperkingen formuleert (531). Wat echter precies onder art. 7 G.W. valt en wat daarentegen slechts door een beroep op art.10 Verdrag van Rome kan worden gegarandeerd, is omstreden (532). Eveneens omstreden is de vraag of de grondrechten horizontale of derdenwerking (Drittwirkung) hebben. Meestal wordt dit ontkend (533).

(530) AUBEL, o.c., blz. 87; H.R., 28 nov. 1950, N.J., 1951, 136 en 138; H.R., 27 febr. 1951, N.J., 1951, 472 en 473.

(531) Daarover uitgebreid: BOUKEMA P.J., o.c., blz. 227 e.v.; DASSEN, Het rechterlijk bevel (verbod) en de vrijheid van meningsuiting, N.J.B., 1970, 492 e.v.

(532) Vgl. AUBEL, o.c., blz. 86 e.v.; BOUKEMA P.J., o.c., blz. 114 e.v. en 172 e.v.. Ook de rechtspraak is niet eenlijnig. Zie: H.R., 25 juni 1963, N.J., 1964, 239; H.R., 25 juni 1965, N.J., 1966, 115 en 116; H.R., 24 jan. 1967, N.J., 1967, 272 en 273.

(533) MARIS, Preadvies, blz. 33 e.v.; VAN DER HOEVEN, Preadvies, blz. 67; OUD P.J., o.c., blz. 696; BELINFANTE, o.c., blz. 166; VAN DER POT-DONNER, Handboek van het Nederlands Staatsrecht, blz. 458; BOUKEMA P.J., o.c., blz. 243 e.v. en 140 e.v.; Hof Den Haag, 23 nov. 1960, N.J., 1961, 501. Contra: KRANENBURG R., o.c., blz. 499 e.v.; NEUWISSEN, De Europese Conventie en het Nederlands Recht, blz. 434-435. Een speciaal standpunt neemt AUBEL, o.c., blz. 81-82 in. Hij stelt dat de probleemstelling vervalst wordt zo men niet voor ogen houdt dat de grondrechten hun basis vinden in een waardeoordeel over de menselijke persoon en dat het vooraf bestaande waardeoordeel over de diverse goederen en belangen van de persoon in de grondwet werd doorgetrokken voor de verhouding tussen de burger en de overheid. Anders oordelen is volgens hem de werkelijkheid omkeren. Het is niet omdat de Grondwet aan de overheid iets verbiedt dat dit ook daarom aan de burgers onderling moet verboden zijn. Het is precies het besef dat ook de overheid bepaalde rechtsgoederen dient te respecteren, dat leidde tot de opname der grondrechten in de Grondwet. Kritiek: MARIS, Preadvies, blz. 28.

Nochtans aanvaardden de meeste auteurs een zekere vorm van Drittwirkung voor zeer krasse gevallen van vrijheidsbeperking, die zij als strijdig met de openbare orde en de goede zeden beoordeelen (Art. 14, W. houdende algemene bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk) (534).

Ook nemen meerdere Nederlandse auteurs een horizontale of Drittwirkung aan van de grondrechten uit het verdrag van Rome (535).

Meestal wordt een indirecte derdenwerking aanvaard in de zin dat de grondrechten de normen van het privaatrecht, in min of meerdere mate al naargelang de aard van deze laatste, inhoudelijk zullen kunnen heroriënteren (536).

Voor de hier ter sprake komende vragen is het echter onverschillig of men aan de grondrechten al dan niet derdenwerking toekent. In de relatie tegenover de andere medeburgers heeft men niet de rechtvaardiging nodig door de grondrechten opdat men zich zou mogen uiten. Men is immers vrij te handelen zoals men belieft, zo-

(534) OUD P.J., o.c., blz. 696; VAN DER POT, o.c., blz. 463; BELINFANTE, o.c., blz. 166; BOUKEMA P.J., o.c., blz. 141. Ruimer: DRION H., Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting. Op de grenzen van komend recht, blz. 91 (94); KRANENBURG, o.c., blz. 498.

(535) Zie het overzicht bij MEUWISSEN, o.c., blz. 435-437; M.J. VAN EMDE BOAS, De invloed van de Europese conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Nederlandse rechtsorde, Preadvies, blz. 12-16. Contra: VAN DER POT-DONNER, o.c., blz. 464, noot 2, MARIS A.G., Preadvies, blz. 43 e.v.

(536) Vgl. BOUKEMA P.J., o.c., R.M.Themis, 119 (133) met verdere verwijzingen. Uitvoering daarover: MARIS A.G., Preadvies, blz. 45 e.v.; POLAK J.M., Preadvies, blz. 77 e.v. Deze oplossing lijkt aangewezen. De Nederlandse rechtspraak kent immers de pers een maatschappelijke taak van informatie, waarschuwing en controle toe over het openbare leven, welke taaktoemeting kan leiden tot een nuancering van het oordeel over de onrechtmatigheid van concrete publikaties. Nochtans is het behartigen van deze taak geen rechtsplicht. AUBEL, o.c., blz. 69-70 met verwijzingen. Adde: Pres. Rb. Amsterdam, 25 sept. 1958, Advocatenblad, 1959, 17; 17 dec. 1974, N.J., 1975, 79. Wat betreft de kritische opdracht van de televisie: Rb. Amsterdam, 26 jan. 1971, N.J., 1971, 116.

lang men maar binnen de perken der wetgeving blijft (537). En ook indirect aanvaarden dat de grondrechten voldoende het belang funderen om op grond van art. 1401 en 1408 B.W. een vordering tot schadeloosstelling, een verbod of een gebod van de rechter te bekomen of te zien afwijzen (538), hoeft niet vermits men om onrechtmatig te handelen niet per se een wetsbepaling dient te hebben geschonden, doch daarnaast andere grondslagen van aansprakelijkheid bestaan (439).

107. Na dit alles kan het lijken dat voorafgaande beknopte beschouwingen overbodig zijn. Men mag evenwel niet uit het oog verliezen dat het vergelijkend warenonderzoek de steun der meningsuitingen en persvrijheid vaak nodig heeft en dat het ook bescherming behoeft tegenover de staat, daar het ook diens economische belangen kan aantasten. Bovendien houden de grondwettelijke bepalingen voor de staat een verbod van censuur in, wat eveneens inhoudt dat het vergelijkend warenonderzoek niet bij wet mag worden beknot, doch slechts geregeld in de mate van het hoogst nodige (540). Dit laatste

(537) Wetgeving hier in de ruime materiële zin begrepen, in tegenstelling tot het begrip in fine van art. 7 G.W. dat strikt wordt geïnterpreteerd: BOUKEMA P.J., o.c., blz. 128 e.v.; BELINFANTE, o.c., blz. 174.

(538) DRION H., o.c., Op de grenzen van komend recht, blz. 91 (93); DASSEN, o.c., NJB, 1970, 492 (494).

(539) Overigens rijst het probleem der derdenwerking in dit geval daar steunen op art. 7 G.W. in verband met een eis ex art. 1401 B.W. veronderstelt dat art. 7 G.W. een norm is die werd neergeschreven met het oog op de bescherming van het door de onrechtmatige daad gekrenkt belang (Schütznormtheorie of relativiteitstheorie: vaste rechtspraak sinds het arrest de Marchant, H.R., 25 mei 1928, N.J., 1928, 1688, noot E.M.M.). In deze zin o.m.: Hof Amsterdam, 24 jan. 1968, N.J., 1970, 66; Pres. Rb.'s Gravenhage, 31 okt. 1971, N.J., 1971, 456.

(540) Art. 7 G.W. omvat slechts de preventieve censuur, niet de repressieve; DE SAVORNIN LOHMAN, Onze Constitutie, blz. 342; DONNER, Preadvies, blz. 28.

blijkt niet uit art. 7 G.W., naar wiens letter de formele wet elke denkbare beperking zou kunnen aanbrengen, doch wel uit art. 10, 2e lid, Verdrag van Rome dat de formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties slechts toestaat voor zover ze bij wet voorzien worden en "in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, territoriale onschendbaarheid of openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de goede naam en de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen." (541)

108. De Nederlandse Grondwet heeft nergens een algemeen gelijkheidsprincipe vastgelegd (542) waardoor de gelijke behandeling der burgers door de staat wordt gegarandeerd. Wel wordt in de formulering van sommige welbepaalde grondrechten, de gelijkheid uitdrukkelijk vooropgesteld (543). Hoewel er in de rechtsleer reeds meermaals werd gepleit voor de opname van zulk gelijkheidsprincipe (544), toch bevatte de Proeve van een nieuwe grondwet geen algemeen geformuleerd gelijkheidsbeginsel (545). Sommige auteurs hebben daarom gemeend dat art. 4 GW over de gelijk te garanderen vrijheid van komen en gaan en het recht op vrijheid en veiligheid, welke

(541) VAN DER HOEVEN J., Preadvies, blz. 86; DONNER, Preadvies, blz. 20.

(542) Vgl. KOOPMANS T., o.c., blz. 30-32, nr. 30.

(543) Art. 4, 182, 183, 189 der grondwet.

(544) O.a. M.C. BURKENS, Gelijkheid voor de wet, blz. 10; MEUWISSEN, Grondrechten en Rechtspraak in de Proeve, RM Themis, 1967, 382 (419-420).

(545) Wel bevat deze in art. 1, 3 en 5, 2° vereisten van gelijke bescherming en behandeling i.v.m. de aldaar omschreven grondrechten.

in deze optiek als absoluut wordt beschouwd, een dergelijke algemene strekking kan worden toegemeten (546). De Hoge Raad (547) heeft deze mening echter impliciet verworpen.

Zou men echter geen beroep kunnen doen op art. 14 van het Verdrag van Rome dat self-executing is? Volgens vaste rechtspraak der Commissie echter kan op art. 14 van het Verdrag slechts een beroep worden gedaan, zo één der andere rechten in het Verdrag gegarandeerd, werd aangetast (548). Art. 14 heeft dus slechts betekenis voor de interpretatie van andere artikelen van het Verdrag, waarvan de toepassing geen discriminatie mag in zich houden (549). Ook dit artikel lijkt dus geen zelfstandig gelijkheidsbeginsel te bevatten. Omstreden is dan ook of dit artikel een horizontale of derdenwerking heeft (550).

De gelijkheidseis is echter niet helemaal afwezig in het Nederlandse recht, doch geldt er als een der algemene principes van behoorlijk bestuur, tot stand gekomen buiten art. 4 der GW of art. 14 van het Verdrag (551). In het kartelrecht ligt dit principe eveneens besloten, in zoverre als zijn miskenning als een kartelrechtelijk gesanctionneerd misbruik van economische machtspositie geldt (552).

(546) Vgl. concl. Adv. Gen. ROMBACH voor H.R., 12 febr. 1940, N.J., 1940, 622, noot T., Tippetverbod 's Gravenhage; BURKENS, o.c., blz. 4 met verwijzingen.

(547) H.R., 12 febr. 1940, N.J., 1940, 622, noot T., Tippetverbod 's Gravenhage. Vgl. H.R., 20 jan. 1936, N.J., 343, Tippetverbod Amsterdam.

(548) Zie de verwijzingen bij MEUWISSEN, De Europese Conventie en het Nederlandse recht, blz. 161. Aldus ook: Rb. Rotterdam, 10 dec. 1965, N.J., 1966, 471.

(549) MEUWISSEN, o.c., blz. 228 en de verwijzingen blz. 229.

(550) Pro: MEUWISSEN, o.c., blz. 423 en 459. Contra: VAN DER POT-DONNER, o.c., blz. 464, noot 2; Proeve van een nieuwe Grondwet, blz. 56.

(551) BURKENS, o.c., blz. 10.

(552) Zie: MULDER-MOK, Kartelrecht, blz. 72-73 e.v.

Het beroep op art.4 GW of art. 14 van het Verdrag is echter overbodig voor de ons hier aanbelangende materie. Het gelijkheidsprincipe is immers van zulkdanige aard dat zijn miskenning, bij vervuld zijn er andere voorwaarden, als een inbreuk op een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (553), en dus als een onrechtmatige daad zal moeten beschouwd worden. Daarover zal echter hierna worden gehandeld.

109. Voor dit onderzoek is dus de beteugeling der onrechtmatige daad veel belangrijker. Dit niet alleen omdat elk vergelijkend warenonderzoek aan een of meerdere ondernemers schade toebrengt, welke zij niet altijd moeten dulden, doch ook omdat in Nederland geen specifieke wetgeving bestaat ter beteugeling van de oneerlijke mededinging, zodat deze thuishoort bij de repressie der onrechtmatige daden (554).

Over artikel 1401 e.v. B.W. bestaat echter een zo omvangrijke literatuur en rechtspraak, die bovendien op zo menig punt controversieel is, dat hier slechts de grote principes en hun toepassing op het vergelijkend warenonderzoek kunnen aan bod komen, terwijl een meer uitgebreide bespreking van dit laatste verder zal worden gegeven.

Dit artikel vereist een onrechtmatige daad, schuld (555), een

(553) En niet op de Wet Economische Mededinging, daar testorganisaties normaal geen mededingers zijn van de door hen besproken ondernemingen en geen machtspositie, in de zin der wet, bekleden. Meteen blijkt ook dat de Wet Economische Mededinging geen Schutznorm kan zijn ten voordele van de ondernemer om een warentest die hem ongelijk behandelt tegenover zijn mededingers, te doen verbieden en de er uit voortkomende schade te doen vergoeden.

(554) Art. 1401 B.W. luidt: "Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden."

(555) Over de omvang van het schuldvereiste en zijn preciese betekenis bestaat vrij grote onenigheid. Zie: ASSER-RUTTEN, Verbintenissenrecht, III-2, blz. 441 en 465 e.v.; HOFMANN-DRION-WIERSMA, Het Nederlands Verbintenissenrecht, II, blz.100 e.v.; FITLO, Verbintenissenrecht, blz. 228 e.v.; JANSSEN C.H.M., in DRION H., .../...

oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade, een schadetoebrenging en tevens een oorzakelijk verband tussen het doel der overtreden norm en het geschonden belang (Schutznorm - of relativiteitsprincipe). Zij worden thans bondig omschreven.

Een onrechtmatige daad is, volgens het beroemde arrest Cohen-Lindenbaum (556), een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of strijdt met des daders rechtsplicht, of indruist, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verder betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.

Inbreuk op eens anders recht zou het vergelijkend warenonderzoek kunnen maken door een inbreuk op art. 328 bis Sr. (557). Gezien echter de vrij strenge vereisten voor de toepassing van dit artikel, is zijn toepassingsbereik vrij klein en kan het slechts voor toepassing in aanmerking komen bij grove en duidelijk nawijsbare miskerning van de neutraliteitsplicht vanwege de personen die binnen de warentestorganisatie of het testinstituut werkzaam zijn

(...Onrechtmatige Daad, I, G, nr. 243 e.v.; SLAGTER, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, blz. 9 e.v.; WOLFSBERGEN, Onrechtmatige daad, blz. 132 e.v.

(556) H.R., 31 jan. 1919, N.J., 1919, 161 (163).

(557) Dit luidt: "Hij die, om het handels- of bedrijfsdebiët van zich zelve, of van een ander te vestigen, te behouden of uit te breiden, eenige bedriegelijke handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon, wordt, indien daaruit enig nadeel voor concurrenten van hem of van dien ander kan ontstaan, als schuldig aan oneerlijke mededinging, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar, of geldboete van ten hoogste negenhonderd gulden."

De tweede vereiste, door dit artikel gesteld, heeft de Hoge Raad gepreciseerd in die zin dat vereist is dat de handeling op zichzelf beschouwd, bedrieglijk is, namelijk van aard om een normaal mens die de gewone oplettendheid aan de dag legt, in een valse waan te doen verkeren: H.R., 27 okt. 1924, N.J., 1925, 177; H.R., 30 okt. 1930, N.J., 1931, 25.

Over de beperkingen van en de bezwaren geopperd tegen dit artikel, zie: VAN SCHAİK, De oneerlijke concurrentie uit strafrechtelijk oogpunt beschouwd, blz. 15 e.v. en 42 e.v.

(558). Meestal echter zal men de gedragingen van de testorganisatie of het testinstituut dienen te toetsen aan de normen der in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid ten aanzien van andermans persoon of goed. Daar zulke normen ook ongeschreven kunnen zijn, zal de rechter telkens door belangenafweging dienen vast te stellen of een bepaald onderzoek, zoals het werd doorgevoerd en gepubliceerd, de belangen der verbruikers zodanig dient, dat de belangen van de getroffen onderneming daarvoor dienen te wijken (559). De nadruk ligt hierbij op de concrete omstandigheden van elk geval. Daarbij dient de testwerkzaamheid principieel als rechtmatig te worden geoordeeld en is het slechts via een vergelijken van wat concreet gebeurde met wat als ideaal voor de testwerkzaamheden geldt dat bij twijfel men tot belangenafweging komt. In de praktijk zal dit vrij dikwijls het geval zijn daar het ideaal zeer moeilijk haalbaar is. Daar de waretestorganisaties hun werkzaamheden doorvoeren ten bate van elkeen, kunnen zij een in concreto onrechtmatig geoordeelde handeling niet rechtvaardigen met een beroep op het algemeen belang (560).

Het doortrekken van zulk redeneringsproces zou immers leiden tot een cirkelredenering. Ook een beroep op de persvrijheid moet falen als rechtvaardiging. Nog afgezien van het feit dat een beroep op deze vrijheid veronderstelt dat men aan dit grondrecht

(558) Naast art. 328 bis Sr. komen ook art. 261 e.v. Sr. over de belediging in aanmerking. Daarover infra.

(559) GROEN, (On)rechtmatigheid van reclame met vergelijkend warenonderzoek, *Ars Aequi*, XVIII (1969), 13 (16 e.v.); HARTIG, o.c., blz. 86.

(560) H.R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, noot G.J.S., snelkookpannendemonstratie; Pres. Rb. 's Gravenhage, 27 juni 1966, *Consumentengids*, 1966, bijlage juli-nummer. Beide i.v.m. onjuiste beoordelingen.

een zekere mate van derdenwerking toekent, bevat art. 7 G.W. zelf het voorbehoud van de aansprakelijkheid krachtens de wet. De persvrijheidroept geen subjektief privaatrecht in het leven, zodat hij die er zich op beroept geen eigen recht, dat onmiddellijk aan een wet is ontleend, kan opwerpen tegen diegene die zich door de uiting aangetast acht in zijn belangen. (561) Uit het feit ook dat diegene die zich van zijn grondwettelijke vrijheid bedient niet mag rekenen op een geprivilegieerde positie (562), volgt dat van een voorrang der pers- en meningsuitingsvrijheid geen sprake kan zijn. Het belang dat men erbij heeft zich vrij te kunnen uiten op alle mogelijke wijzen weegt dus principieel niet zwaarder dan gelijk welk ander rechtmatig belang. Daar echter botsingen tussen dezen onvermijdelijk zijn dient op hun wederzijdse verhouding en de wijze van belangenafweging dieper te worden ingegaan. De meest radikale opvatting wordt door EMMERING (563) verdedigd. Hij wenst

(561) AUBEL, o.c., blz. 92; EMMERING, Onrechtmatige daad en pers, NJW, 1938, 213; LANGEMEIJER, Onrechtmatige daad en pers, NJB, 1938, 461(463), die op EMMERING's visie reageert zonder diens uitgangspunt te betwisten.

(562) AUBEL, o.c., blz. 70; GERBRANDY, o.c., R.M.Themis, 1969, 97 (108).

(563) EMMERING, o.c., NJB, 1938, 213 (215). Een goede weerlegging van deze opvatting op het ons hier interesserende domein, wordt geboden door Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 okt. 1969, N.J., 1971, 51 waar wordt gesteld dat de vrijheid van meningsuiting medebrengt dat uitlatingen die ten nadele van een ander worden gedaan en die die ander kunnen schaden niet reeds daardoor zonder meer onrechtmatig zijn jegens die ander. Zij kunnen dit onrechtmatig karakter wel hebben indien zij onjuist of onvolledig zijn en de auteur of het dagblad het verwijt kan worden gemaakt dat zij zulks wisten of behoorden te weten; indien zij in onnodig grievende, insinuerende of kwaadaardige vorm werd gedaan, hoewel feitelijk juist; indien zij de behartiging van eigen materieel belang dienen. Men dient echter te letten op het feit dat de hier aangehaalde passus wel goed de heersende leer weergeeft, in het vonnis echter een vrij overbodige considerans uitmaakt.

dat elke publikatie zou achterwege blijven die vermog te schaden, ook al zou een nevenmotief de daad kunnen rechtvaardigen. Uitzonderingen wenst hij slechts te maken voor kritiek waartoe de gekritiseerde direct of indirect uitnodigde en voor de zakelijke beoordeling van iemands optreden in het openbaar.

Het is nochtans niet het al dan niet schadelijk karakter der uiting dat bepalend is in de belangenafweging, zelfs niet zo de zich uitende persoon zich ervan bewust was dat zijn meningsuiting schade zou toebrengen (564). EMMERING's opvatting komt erop neer dat men uit het bestaan der schade de schuld van de schadetoebrengende gaat afleiden, wat de zelfstandigheid van het schuldvereiste teniet doet (565). Zijn opvatting komt neer op zulk een inperking van de persvrijheid dat men haar als totaal ondergeschikt aan de belangen van de besprokenen zou moeten beschouwen.

In feite gebeurt er een belangenafweging waarbij men principieel de evenwaardigheid van de strijdende belangen erkent en voor het maken van een keuze daartussen de concrete situatie onderzoekt die aanleiding gaf tot het belangenconflict. Uit de rechtspraak en rechtsleer kan men bepaalde factoren distilleren die van groot belang zijn in dit proces.

Allereerst zijn er bepaalde terreinen waarop zulkdanige voorzichtigheid geboden is dat de pers ze slechts met omzichtigheid mag betreden, omdat het belang dat men aan de geheimhouding ervan of

(564) H.R., 28 nov. 1941, N.J., 1942, 190, NSB-Pesie; H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564; H.R., 10 juni 1966, N.J., 1966, 390, noot G.J.S., Spiegel-Informaties; 'sGravenhage, 28 febr. 1950, N.J., 1951, 135.

(565) Vgl. LANGEMEIJER, a.o., NJB., 1938, 461. Schuld dient aanwezig te zijn zowel tegenover de daad als tegenover haar onrechtmatigheid als tegenover de schade: ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 473; C.H.M. JANSSEN, in DRION H., Onrechtmatige daad, I, G, nr. 243 e.v.

de discretie ertegenover toekent, zeer hoog wordt geschat. Zo de privésfeer der burgers (566), vertrouwelijke gegevens, om het even of het vertrouwelijke karakter ervan berust op de wil van de mededelende persoon of op de inhoud ervan, de eer en de goede naam en de economische activiteit (567).

110. Wat betreft de economische (of elke andere tot de publieke sfeer behorende) activiteit is de laatste tijd twijfel gerezen of de vrijheid van meningsuiting niet op deze activiteiten primeert. Hoewel hierop verder nog zal worden ingegaan, toch mag hier worden verwezen naar Hof Amsterdam, 25 febr. 1960 (568).

(566) AUBEL, o.c., blz. 99 e.v.; Pres. Rb. Amsterdam, 10 april 1975, N.J., 1975, 286, dat scherpe kritiek op eisers ruw spel (hij is beroepsvoetballer) in het algemeen belang acht en door eiser te dulden, evenwel verbiedt eiser te betitelen als een "verachtelijk wezen", als een ongedisciplineerde boerenkinkel of als een in zijn kinderjaren op dierenmishandeling belust kereltje.

(567) Vgl. DRION H., a.c., Op de grenzen van komend recht, blz. 91 (101); KAKEBEEK-VAN DER PUT, Leugen en waarheid in het privaatrecht, blz. 4. In zijn noot sub H.R., 18 febr. 1966, N.J., 1966, 208, Nederlandse Klokkenspelersvereniging, meent G.J.SCHOLTEN, dat de pers in de toekomst de opportuniteit van de bekendmaking op grote schaal van misstanden in de schoot van rechtspersonen, door leden van deze, zal moeten rekening houden. M.a.w. er zou door dit arrest een zekere zwakke vorm van privacy ten voordele van rechtspersonen gegarandeerd worden. Kritisch: DRION, a.c., l.c., blz. 91 (103). Vooral voor oproepen tot een boycot-acties was de rechtspraak streng, zelfs zo ideële of onbaatzuchtige motieven eraan ten gronde leggen. Zie bv. Rb. 's Gravenhage, 19 mei 1932, N.J., 1933, 1063; Hof Anhem, 28 juni 1933, N.J., 1933, 1421; Pres. Rb. Rotterdam, 24 juni 1933, N.J., 1933, 1534; en 23 nov. 1939, N.J., 1940, 1087; en 4 febr. 1971, N.J., 1971, 77; Pres. Rb. Utrecht, 14 dec. 1970, N.J., 1971, 72.

Thans lijkt de rechtspraak milder gestemd tegenover zulke uitingen. Zie de hierna besproken rechtspraak en Rb. Amsterdam, 26 jan., 1971, N.J., 1971, 116, w.b. kritiek op de kruidendokter Van de Moosdijk in het televisieprogramma 'Voor de vuist weg'; Pres. Rb. Amsterdam, 7 juli 1972, N.J., 1972, 437.

(568) N.J., 1960, 502.

Het vonnis a quo had gesteld dat bij het aan de kaak stellen van maatschappelijke euvelen, het de dagbladpers niet is toegelaten bepaalde personen of handelszaken met name te noemen (569). Het Hof stelt daarop dat de behartiging van het algemeen belang kan meebrengen dat ter waarschuwing van het publiek tegen de gedragingen van welbepaalde personen, het bijzonder belang van sommigen door het noemen van zijn naam of die van zijn bedrijf wordt opgeofferd, ook zonder dat of voordat het oordeel van de rechter wordt ingeroepen. Dit laatste is als algemene of veralgemeenbare regel nog te eng, in zoverre de naamnoeming wordt beperkt tot de waarschuwing van het publiek. Met name een handelaar komt door zijn beroepsbezigheid voortdurend in een publiek daglicht te staan. Er anders over oordelen is aan de handelaar en aan de onderneming in en uit hoofde van hun economische activiteit een privésfeer toekennen, wat met het oog op het algemeen belang, geenszins gerechtvaardigd kan worden geacht.

In twee recente procedures bleek de voorrang der meningsuitingsvrijheid boven het recht op de economische bedrijvigheid daartegen des te duidelijker. De eerste betrof een advertentie in een lokaal blad uitgaande van een semi-overheidsbedrijf, monopoliste inzake elektrische stroomlevering in de provincie, tegen de aanschaf van een via aan huis verdeelde folders gepropageerde elektrokachel. Gesteld werd namelijk geen koopcontract af te sluiten, dan na de maatschappij om inlichtingen te hebben verzocht.

De rechter achtte dit niet onrechtmatig, evenmin als het Hof, omdat de maatschappij geen onrechtmatige daad had gesteld. Zelfs al diende zij principieel voorzichtig te zijn in haar waarschuwing, het feit dat gereageerd werd op een folder van eisers die op

(569) Rb. Amsterdam, 3 febr. 1959, N.J., 1959, 403; Vgl. Rb. Amsterdam, 8 febr. 1944, N.J., 1944-45, 544.

aantrekkelijke wijze, doch technisch en economisch totaal onverantwoord een misleidend beeld ophing van haar waar, rechtvaardigde het optreden (570).

Waar in het eerstegeval een bijkomend argument kon worden geput uit het laakbaar optreden van diegene die de mededeling betrof, dan diende de Bond van Werkgevers in Hotel-, Restaurant-, Café- en Aanverwante Bedrijven (Horecaf) te ervaren dat, zelfs haar die geen laakbaar optreden trof, geen gehoor werd verleend, wanneer zij zich bekloeg over de campagne "Weet je wetje, laat je rijden" van de vereniging Veilig Verkeer Nederland, naar aanleiding van de wetsverstrenging inzake alcoholgebruik in het wegverkeer. De Horecaf meende dat deze campagne onrechtmatig was aangezien zij de indruk bij het publiek kon wekken dat elk alcoholgebruik het risico van vervolging medebrengen zou op grond der nieuwe wet en dat slechts een alcoholgehalte van 0,0 de bestuurder vrijuit zou laten gaan.

De rechter oordeelde de concrete inhoud en de erdoor gewekte indruk niet onrechtmatig en wees daarbij ook op de vormvereisten die aan zulke campagnes moeten worden gesteld om succesvol te zijn. Verder wees hij er ook op dat noch het bedrijfsschap, noch verwante federaties van eiseres enig bezwaar hadden tegen de campagne, doch haar steunden (571).

(570) Hof 's Gravenhage, 7 nov. 1973, N.J., 1974, 164, PZEM. Men vergelijk hiermee het in deel II besproken H.R., 19 april 1968, N.J., 1968; 263, noot G.J.S., Snelkookpannendemonstratie, waar uitgaande van dezelfde overwegingen in een gelijkaardig geval (waarschuwing door de Nederlandse Consumentenbond tegen de verkoop van snelkookpannen in cinemazalen) eenzelfde beslissing werd geveld. Zie verder:

(571) Pres. Rb. Amsterdam, 14 nov. 1974, N.J., 1975, 124.

Tenslotte kan men ook wijzen op zekere rechtspraak die verdringen tot verkrijging van een verbod of bevel afwijst, omdat bij toewijzing de meningsuitingsvrijheid van verweerder te zeer zou worden beperkt (572).

111. Ook naar Nederlands recht lijkt het dus uitgesloten dat de ondernemer of de onderneming een recht op anonimiteit zou kunnen hebben in en omwille van de economische activiteit. Wat betreft het probleem of een rechtspersoon principieel persoonlijkheidsrechten zou kunnen hebben, analoog met de persoonlijkheidsrechten van een natuurlijk persoon, zijn echter geen formuleringen te vinden van een regel zoals deze door de Belgische en Duitse rechtsleer en rechtspraak wordt geformuleerd, namelijk dat de rechtspersoon slechts die persoonlijkheidsrechten kan genieten die geen bestaan als natuurlijke persoon veronderstellen. De Nederlandse rechtsleer over de persoonlijkheidsrechten beperkt zich tot de rechten der natuurlijke personen, de rechtspraak brengt geschillen die zouden kunnen aangemerkt worden als geschillen over de persoonlijkheidsrechten van rechtspersonen, niet hiermee in verband. Wel hebben enkele Nederlandse vonnissen (573) aan commercieel werkzame rechtspersonen een recht op anonimiteit toegekend tegenover de pers in verband met de bespreking van maatschappelijk laakbare activiteiten. Met name werd daarbij gesteld, dat hoewel de pers

(572) Hof Amsterdam, 24 juni 1968, N.J., 1970, 66 en 8 jan. 1970, N.J., 1970, 67; Rb. Amsterdam, 9 april 1968, N.J., 1970, 96; Pres. Rb. 's Gravenhage, 31 okt. 1971, N.J., 1971, 456. Zie hierover verder

(573) Rb. Amsterdam, 8 febr. 1944, N.J., 1944-45, 544 en 3 febr. 1959, N.J., 1959, 403, gedeeltelijk hervormd door Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, N.J., 1960, 502. Voor een speciaal geval (tijdelijke absolute zwijgplicht over een concurrent); Rb. Haarlem, 24 juli 1933, N.J., 1934, 1907, memento mori. Anders: Hof 's Gravenhage, 7 nov. 1973, N.J., 1974, 164; Amsterdam, 23 mei 1935, N.J., 1935, 1623 dat Rb. Amsterdam, 12 juni 1934, N.J., 1934, 1199 hervormt.

principieel maatschappelijke euvelen aan de kaak mag stellen, zij in verband met dit laken geen namen der betrokkenen zou mogen bekend maken. Zulke algemene regel stellen, buiten elke afhankelijkheid van bijkomende omstandigheden die de publicatie laakbaar zouden maken (574), is ongewenst omwille van de aard der economische activiteit en het bij ernstige misstanden steeds erkend belang van het publiek op kennisneming en dus van de pers op bekendmaking.

Een speciaal geval werd beslecht door de Hoge Raad in het arrest Nederlandse Klokkenspelersvereniging (575). Een lid van deze belangengroepering had tegenover een journalist zeer ernstige beschuldigingen geuit aan het adres der vereniging en van haar voorzitter, waarvan de juistheid kon betwijfeld worden. Op vordering van de vereniging werd aan het lid verboden elders dan in verenigingsverband kritiek op de beleidvoering der vereniging te uiten. Hoewel de omstandigheden van het geval nogal specifiek waren dient er toch uit besloten dat in Nederland de pers een grotere voorzichtigheid dient aan de dag te leggen dan in België of Duitsland en ook met de opportuniteit van het publiceren van kritiek op de economische of maatschappelijke activiteit van natuurlijke als rechtspersonen dient rekening te houden (576).

(574) Aldus kon in het geval beslecht door Rb. Amsterdam, 3 febr. 1959, N.J., 1959, 403, ook een beroep gedaan worden op het feit dat, zoals uit het arrest van het Hof blijkt, het de ervaringen van de broer van de journalist waren die deze laatste inspireerden, waarbij kon getwijfeld worden aan de objectiviteit van de journalist.

(575) H.R., 18 febr. 1966, N.J., 1966, 208, noot G.J.S.

(576) Zie de noot van G.J.SCHOLTEN onder het arrest. Kritisch: DRION H., a.o., Op de grenzen van komend recht, blz.91 (103). Anders nog: H.R., 10 juni 1966, N.J., 1966, 390, noot G.J.S., Spiegel-informaties: in het algemeen, los van concrete omstandigheden beoordeeld, is het toelaatbaar inlichtingen te verstrekken over iemands strafrechtelijk verleden.

Zeker is dit zo wanneer aan de juistheid van de geuite ernstige twijfel kon bestaan en desondanks namen werden genoemd (577). Oordeelt de rechter de kritiek onrechtmatig, dan geldt het feit dat de gekritiseerde uitdrukkelijk of duidelijk herkenbaar werd genoemd als een bijkomende verzwarende omstandigheid bij de beoordeling (578). Daarbuiten echter zijn er tal van vonnissen aanwijsbaar die de kritiek en de naamvermelding principieel rechtmatig achten, omdat een voldoende belang op bekendmaking geacht wordt te zijn gerealiseerd. Aldus het bespreken van de situatie en de toekomstmogelijkheden van bedrijven (579), de arbeidsvoorwaarden in een bedrijf (580), de beoordeling van de kwaliteit der produkten of dienstverlening ervan (581).

Gaat het om waarschuwingen tegen een bepaald bedrijf, dan is de rechtspraak streng. Van groot belang voor de rechtmatigheid is de gekozen externe vorm (582), de persoon van wie de waarschuwing

(577) Rb. Zwolle, 6 nov. 1940, N.J., 1941, 309; Rb. Amsterdam, 16 nov. 1954, N.J., 1955, 201; Pres. Rb. Amsterdam, 6 maart 1975, N.J., 1975, 224. Onrechtmatig door vormgeving: Hof 's Gravenhage, 1 juni 1939, N.J., 1940, 100; Vgl. Hof Amsterdam, 6 april 1944, N.J., 1944-45, 520.

(578) Hog Amsterdam, 24 mei 1956, N.J., 1956, 574; Rb. Groningen, 10 maart 1970, N.J., 1970, 234.

(579) Rb. 's Gravenhage, 19 mei 1932, N.J., 1933, 1063; Rb. Rotterdam, 24 jan. 1936, N.J., 1937, 679; Rb. Maastricht, 24 aug. 1938, N.J., 1939, 311.

(580) Rb. 's Hertogenbosch, 24 dec. 1937, N.J., 1938, 618.

(581) Rb. Amsterdam, 10 nov. 1936, N.J., 1938, 439; Hof Amsterdam, 1 juni 1939, N.J., 1940, 100; Adde: Hof 's Gravenhage, 14 juni 1923, N.J., 1923, 1212 dat Rb. Middelburg, 20 maart 1922, N.J., 1922, 1247 vernietigt.

(582) Ingezonden stukken aan dagbladen: principieel rechtmatig: Rb. Haarlem, 27 juni 1933, N.J., 1935, 1307; Hof 's Gravenhage, 30 okt. 1930, N.J., 1931, 65.

Advertenties: principieel rechtmatig: Rb. Amsterdam, 9 okt. 1934, N.J., 1935, 484; principieel onrechtmatig: Rb. Maastricht, 16 okt. 1919, N.J., 1920, 49; Rb. Amsterdam, 18 jan. 1923, W. 11043; Rb. Dordrecht, 20 mei 1925, W. 11400; Pres. Rb. Amsterdam, 16 okt. 1930, W., 12433; Rb. Zwolle, 6 nov. 1940, N.J., 1941, 309.

.../...

uitging (583), het feit of de mededelende een beroep kan doen op de behartiging van het algemeen belang ter rechtvaardiging (584). Als besluit hieruit mag aangenomen worden dat principieel geen recht op anonimiteit voor de economische activiteit wordt aangenomen, doch dat zo de kritiek om een of andere reden onrechtmatig wordt geoordeeld, ook het noemen van namen in verband hiermee onrechtmatig wordt geacht (585).

112. Anderzijds zijn er aan de zijde der meningsuiting bepaalde factoren die de uiting onrechtmatig maken, voor zover een rechtvaardigingsgrond deze niet verschoont. Aldus de waarheid of de onwaarheid, de juistheid of de onjuistheid van het medegedeelde (586). Deze zijn nochtans geen zelfstandige elementen ter beoordeling van de onrechtmatigheid van uitlatingen (587). Naast de

.../... Waarschuwing opgehangen op de achterrauit van een auto, waarmee men rondrijdt niet zonder meer onrechtmatig: Pres. Rb. Rotterdam, 26 febr. 1974, N.J., 1974, 378: "dit is een ergerlijke rotvolvo."

(583) Rb. Rotterdam, 24 dec. 1917, N.J., 1918, 891, bev. Hof 's Gravenhage, 4 okt. 1918, W., 10395; Hof 's Gravenhage, 14 juni 1923, N.J., 1923, 1212 en 16 nov. 1934, N.J., 1935, 455.

(484) Rb. Amsterdam, 18 jan. 1923, W., 11043; Rb. Dordrecht, 20 mei 1925, W., 11400; Pres. Rb. Amsterdam, 4 dec. 1962, N.J., 1963, 64; Rb. 's Gravenhage, 19 dec. 1974, N.J., 1975, 400.

(585) Het vermelden van merken en het daardoor identificeren van de erdoor gedekte produkten in een testbericht kan echter nooit een merkinbreuk uitmaken. Het merkenrecht heeft ten doel, verwarring ten aanzien van de herkomst der onder het merk verhandelde goederen te voorkomen: H.R., 28 mei 1934, N.J., 1934, 1470; Rb. Amsterdam, 8 jan. 1975, N.J., 1975, 399.

(586) In Nederland wordt door de rechtsleer onwaarheid genoemd de mededelingen waarvan de uitende de strijdigheid met de werkelijkheid kent, bij onjuistheid weet hij dit niet: HOUWING, De onwaarheid in het privaatrecht, Geschriften van Houwing, blz. 215 (217); KAKEBEEKE-VAN DER PUT, o.c., blz. 16. Anders, volgens de Duitse opvatting: AUBEL, o.c., blz. 115; SLAGTER, Preadvies, blz. 129 en 132. Het Nederlandse recht maakt echter evenmin als het Belgische een onderscheid tussen feiten en meningen.

(587) KAKEBEEKE-VAN DER PUT, o.c., blz. 18; AUBEL, o.c., blz. 118 en 120; .../...

(on)juistheid en (on)waarheid dient immers de bedoeling te worden nagegaan, waarmede de uitlatingen werden verspreid, alsmede de verdere feitelijke omstandigheden waarin de uitspraak gebeurde (588). Bij het evalueren van deze maakt het een verschil uit of de uitlatingen waar of juist dan niet zijn. Onware of onjuiste publikaties die een ander schaden en waarvan de zich uitende persoon wist of behoorde te weten dat zij zouden schaden, zijn steeds onrechtmatig, zonder dat men er een rechtvaardigingsgrond voor kan vinden (589). Bij ware of juiste publikaties of bij onjuiste publikaties wier onjuistheid de mededelende niet toerekenbaar is, zal men slechts uitzonderlijk een onrechtmatig handelen dat tot schadeloosstelling verplicht, aanvaarden. Daar spelen bedoeling en omstandigheden die de uitspraak vergezelden, veel sterker: allereerst het opzet te benadelen (590), het al dan niet in het

.../...GERBRANDY, a.c., R.M.Themis, 1969, 97 (104 e.v.); DE GROOTH, o.c., de N.V., 1953, 1(2); MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Preadvies, blz. 19.

De rechtspraak heeft deze regel wel als volgt geformuleerd:

"Niemand heeft het recht te eisen dat ten aanzien van zijn persoon slechts de waarheid zal worden gesproken". Hiermee wordt meteen bedoeld dat de waarheid of de onwaarheid van een mededeling niet doorslaggevend is voor haar rechtmatigheid of onrechtmatigheid, maar dat bijkomende omstandigheden, naast de (on)waarheid zullen bepalend zijn. Meteen moet men ook besluiten dat de waarheid of juistheid geen zelfstandig criterium vormt ter beoordeling van de rechtmatigheid. Zie: Hof Amsterdam, 4 april 1974, N.J., 1975, 528, Pater Kotte 1. Verder: MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in H.DRION, Onrechtmatige Daad, IX, nr. 49; Adde: Rb.Leeuwarden, 15 mei 1913, N.J., 1913, 704.

(588) HOUWING, o.c., Geschriften van Houwing, blz. 215 (223-224); AUBEL, o.c., blz. 119-120. Hetzelfde geldt voor insinuaties: DRION H., a.c., Op de grenzen van komend recht, blz. 91 (102). Vgl. Rb. Utrecht, 5 april 1933, N.J., 1935, 669; Rb. 's Gravenhage, 28 febr., 1950, N.J., 1951, 135.

(589) HOUWING, o.c., Geschriften van Houwing, blz. 215 (225); KAKEBEEKE-VAN DER PUT, o.c., blz. 19.

(590) H.R., 28 nov. 1941, N.J., 1942, 190, NSB-Pesie: op zichzelf onvoldoende.

openbaar verstrekt zijn van de mededelingen (591), het feit dat de mededeling gevraagd of ongevraagd gebeurde, en, in dit laatste geval, of het een antwoord betrof op een algemeen geformuleerd verzoek om inlichtingen of op een navraag omtrent de juistheid van een welbepaald feit (592). M.a.w. had de persoon die om inlichtingen vroeg reeds enige kennis der feiten en wenste hij bevestiging daarvan of betrof het een algemene vraag om informatie. Bovendien wordt onderzocht of en in welke mate de ware of juiste schadelijke mededelingen als antwoord op deze aanvraag relevant waren.

Een tweede faktor die de onrechtmatigheid kan bepalen wordt gelegd in de vorm waarin de uitingen werden gedaan (593). Is dezeodeloos grievend dan wordt de uiting daardoor onrechtmatig (594), omdat animositeit tegenover bepaalde personen laakbaar wordt geacht,

(591) H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564, noot D.J.V.; HOUWING, a.c., Geschriften van Houwing, blz. 215 (224). Openbaren of zich in het openbaar uitlaten is door technische middelen bekendheid geven aan iets dat tot dan slechts aan enkelen bekend is: H.R., 26 april 1963, N.J., 1964, 487.

(592) H.R., 19 dec. 1935, N.J., 1936, 559; H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564, noot D.J.V.; H.R., 10 juni 1966, N.J., 1966, 390.

(593) H.R., 14 febr. 1956, N.J., 1956, 309, noot B.V.A.R., Pasquino; KAKEBEEKKE-VAN DER PUT, o.c., blz. 13; DRION H., a.c., Op de grenzen van komend recht, blz. 91 (102); AUBEL, o.c., blz. 118; GERBRANDY, a.c., R.M. Themis, 1969, 97 (103).

(594) H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564, noot D.J.V.; Rb. Amsterdam, 30 mei 1972, N.J., 1972, 436. Verdere verwijzingen; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, nr. 43. Ook de ingeroepen rechtvaardigingsgrond van te handelen in het algemeen belang kan worden teniet gedaan doordat de mededeling in een onnodig grievende vorm gebeurde: Hof Amsterdam, 7 april 1948, N.J., 1948, 485; Rb. Rotterdam, 30 nov. 1951, N.J., 1952, 779; Hof 's Gravenhage, 18 april 1958, N.J., 1958, 428; Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, N.J., 1960, 502. DRION-WIERSMA, o.c., blz. 285-286.

Nochtans lijkt deze eis van inkleding in een schonende vorm, zonder overbodigheden (595), een ernstige belemmering te kunnen betekenen op de vrijheid van meningsuiting. Deze dekt immers om het even welke uiting, in om het even welke vorm. Waar het geen meningen in technische zin betreft (596), is de vormgeving de enige werkelijke en creatieve inbreng van de zich uitende persoon. Anderzijds is het onbetwist dat door woordkeuzen en opbouw der mededeling schade kan ontstaan die daaraan alleen te wijten is, die namelijk, ware het bericht anders geformuleerd, niet zou zijn ontstaan. Doch betekent dit dan niet meteen dat de werkelijkheidsgetrouwheid van het bericht wordt ondermijnd en het meteen niet meer als waar of juist kan doorgaan? Als ik een lauwe katholiek als de baarlijke duivel, een dame die wat raar doet als een gevaarlijke gek afschilder, kan men dan precies uitmaken wat onwaar of onjuist is, en wat nodeloos grievende bewoordingen zijn? Elke uiting is een eenheid, wordt als zodanig ook gevat, zodat scheiden van vormgeving en inhoud werkelijkheidsvreemd, dualistisch denken betekent, dat irrelevant is om te komen tot een vergemakkelijking van de aflijning tussen rechtmatigheid en onrechtmatigheid. Het ware beter objectiviteit te eisen van elke berichtgeving, of, subjectief

(595) Een rechtsplicht de meest schonende vorm te gebruiken, bestaat echter niet. M.a.w. het watertoren(molen)-arrest besliste de Hoge Raad dat men bij de keuze tussen verschillende handelwijzen niet van diegene hoeft af te zien die schade toebrengen, zelfs zo er daarnaast andere niet-schadende handelingsmogelijkheden bestaan: H.R., 13 maart 1936, HOETINK-STEIN, Arresten over Burgerlijk Recht, blz. 373 e.v..

(596) Op dit gebied is de rechtspraak voorzichtig: KAKEBEEKE-VAN DER PUT, o.c., blz. 19-20 met verwijzingen; AUBEL, o.c., blz. 130-135. Adde: Rb. Amsterdam, 30 mei 1972, N.J., 1972, 436 en Rb. Utrecht, 5 febr. 1941, N.J., 1941, 167. Vgl. ook: H.R., 15 febr. 1957, N.J., 1957, 201, Conflict Gereformeerde Kerk Hasselt, over het tweede middel en de conclusie van Adv. Gen. LANGEMEIJER daaromtrent blz. 373.

vertaald, voldoende intellectuele ascese vanwege de mededelende zodat hij de waargenomen werkelijkheid getrouw vertolkt (597). De interne vormgeving van een bericht is dus als motiveringsgrond overbodig (598). Hij wordt trouwens steeds door bijkomende elementen verder inhoudelijk bepaald (599).

(597) Over het begrip Objectiviteit: GLASTRA VAN LOON, Objectiviteit, Speculum Langemeijer, blz. 125 e.v.

(598) Het is een inconsequentie der huidige rechtspraak dat de werkelijkheidsgetrouwheid van de inhoud niet, de vormgeving ervan wel als een zelfstandig element van beoordeling wordt beschouwd.

(599) Aldus het criterium der overbodigheid, der nodeloosheid van de formulering: GERBRANDY, a.c., R.M. Themis, 1969, 97 (104); a contrario: Pres. 's Gravenhage, 4 april 1973, N.J., 1973, 258; Aldus het nodeloos vernoemen van welbepaalde personen, naast anderen die anoniem blijven, waaruit volgt de eis van een zekere te betrachten neutraliteit, het niet viseren van enkelingen, daar allen recht hebben op gelijke behandeling: Pres. Amsterdam, 13 mei 1965, N.J., 1966, 130; 3 febr. 1959, N.J., 1959, 403, bevestigd door Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, N.J., 1960, 502; Rb. Amsterdam, 16 nov. 1954, N.J., 1955, 201; Hof Amsterdam, 12 mei 1971, N.J., 1971, 377; a contrario: Pres. Amsterdam, 28 dec. 1967, N.J., 1968, 57.

Vgl. Pres. Rb. Amsterdam, 7 juli 1972, N.J., 1972, 437 waarin echter wordt gezegd dat men in de wereld van de handelspubliciteit behoefte heeft aan excessief en vergroofd taalgebruik en daarom de eis tot verbod van schadelijke en eerkrenkende meningsuitingen wordt afgewezen.

Het suggereren van bepaalde onoorbare praktijken, die men aan welbepaalde personen toeschrijft, is steeds onrechtmatig: Hof 's Hertogenbosch, 22 febr. 1955, N.J., 1955, 607; Pres. Rb. Amsterdam, 11 sept. 1974, N.J., 1975, 77.

De toon, de opmaak, de strekking gekoppeld aan het geheel eenzijdig bronnenonderzoek of een tendentieuze weergave, kunnen de uiting onrechtmatig maken: Pres. Rb. Utrecht, 9 april 1973, N.J., 1973, 392, Industrierevue; Pres. Rb. Amsterdam, 3 okt. 1974, N.J., 1975, 78, Stolk.

Iets anders is de externe vormgeving, de publiciteit, de wijze waarop aan het bericht of de mening ruchtbaarheid werd gegeven (600). Hier moet men aannemen dat deze moet aangepast zijn aan de belangrijkheid, de waarde en de eigen aard van het medegedeelde of de werkelijkheid waarop dit draagt. Men moet onbenulligheden niet opschroeven door er een overdreven ruchtbaarheid aan te geven. Men kan immers aannemen dat er geen voldoende belang aanwezig is in hoofde van de geadresseerden om over de werkelijkheid achter de uiting kennis te nemen. Ook dit vereiste is op zichzelf onvoldoende om de onrechtmatigheid te begronden: het is nauw verbonden met een eventuele rechtvaardiging van de mededeling vanuit het algemeen belang en wordt ook vaak uitgesproken zo de besproken werkelijkheid eigenlijk niet voor kennisname in aanmerking komt. Doordat het eventueel samen met andere factoren onrechtmatigheidsbegrondend werkt, kan het een beroep op het algemeen belang ontzenuwen als rechtvaardigingsgrond. Aldus wordt impliciet gesteld in het Klokkenspelers-Verenigingsarrest (601). Daar wordt aan gedaagden verboden om buiten de vereniging, waarvan zij lid zijn uitlatingen te doen die de objectiviteit en de integriteit van de vereniging en haar bestuursleden in twijfel trekken. Ook hier, net als bij de beschrijving van de interne vormgeving, botst men op de factor der onnodigheid, der nutteloosheid en dit is een gevaarlijk begrip, daar het de beoordeling ex post impliceert van de verhouding tussen middel, wijze van publiceren en het doel der publicatie (602). Beide zijn echter door het recht

(600) Zie voor een overzicht der rechtspraak: MICHIELS VAN KESSE-NICH-HOOGGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, nr. 50.

(601) H.R., 18 febr. 1966, N.J., 1966, 208, noot G.J.S. Kritisch daartegen DRION H., a.o., Op de grenzen van komend recht, blz. 91 (103).

(602) Vgl. AUBEL, o.c., blz. 135. Aldus werd een publicatie van bepaalde feiten veroordeeld omdat er meer geëigende wegen bestonden om erop te reageren: Rb. 's Hertogenbosch, 8 febr. 1946, N.J., 1946, 657: klacht tot het tribunaal of bij de zuiveringsraden; Rb. Amsterdam, 19 okt. 1948, N.J., 1949, 175: "elders..., waar zij tot onderzoek kunnen leiden."; Pres.Rb. Amsterdam, Advocaatenblad, 1959, 17.

op vrije meningsuiting gelijkelijk beschermd.

Als derde element stipt DRION (603) aan, de behartiging van een eigen materieel belang, een factor die slechts zelden zal kunnen terzijde geschoven worden door een beroep op de vrijheid van meningsuiting.

Geen bijzondere plaats dient toegekend te worden aan de factor dat de mededelende aangezien werd of zich voordeed als bijzonder deskundig op het bestreken gebied (604). Dit kan evenwel als een relevante concrete omstandigheid samen met andere doorslaggevend zijn (605).

Uit de voorstaande schets volgt dat een vergelijkend warenonderzoek naar Nederlands recht neutraal (606), objectief (607) en zakelijk (608) moet worden doorgevoerd en gepubliceerd.

(603) DRION H., a.c., Op de grenzen van komend recht, blz. 91 (102-103). Vgl. DE GROOTH, a.c., de N.V., 1953-54, blz. 1(3); HOUWING, o.c., Geschriften van Houwing, blz. 215 (226); Rb. Alkmaar, 22 april 1932, N.J., 1933, 1078; Pres. 's Gravenhage, 22 okt. 1969, N.J., 1971, 51 en 10 febr. 1970, N.J., 1971, 52. Contra: BREGSTEIN, a.c., Verzameld werk, blz. 371 (388). Verder kan men hier wijzen op het speciale standpunt dat MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Pre-advies, blz. 20 inneemt. Zij acht het namelijk mogelijk dat het doel van een publicatie, zelfs indien het niet onaanvechtbaar is, zou worden gerechtvaardigd zo de uiting ook het algemeen belang of het belang van een derde dient. Hoe dit echter mogelijk kan zijn, wordt niet gepreciseerd.

(604) MILDERS, Aansprakelijkheid voor beroepsfouten, N.J.B., 1943, 329 e.v.; Rb. Rotterdam, 29 april, 1941, N.J., 1944, 25 (voor een loods).

(605) Vgl. Hof Amsterdam, 12 mei 1971, N.J., 1971, 377.

(606) Zie hoger bij de behandeling van het eigen materieel belang in hoofde van de publicerende en van art. 328 Sr.

(607) Zie hoger bij de behandeling van de juistheid of waarheid van het gepubliceerde.

(608) Zie hoger bij de behandeling van de vereisten inzake de vormgeving van het gepubliceerde.

113. Tweede vereiste is schuld in hoofde van de dader. Dit betreft de laakbaarheid, de toerekeningsvatbaarheid van de dader tegenover de onrechtmatigheid van zijn gedrag en tegenover de schade erdoor veroorzaakt, welke niet kan worden verschoond door het inroepen van enige schulduitsluitingsgrond (609). Schuld wordt door de rechtspraak zeer vlug en vaak stilzwijgend aangenomen, mede omdat het bewijs ervan haast niet te leveren is (610). Gezien het feit dat de waretestorganisatie van een bijzondere reputatie geniet, deze voor zich opeist en daar prat op gaat, zal men streng dienen te zijn en vlug het bestaan van schuld aanvaarden (611).

114. Verder is vereist een schade, een nadeel dat tot de onrechtmatige daad kan worden teruggevoerd en waarvan de omvang zal worden bepaald door een vergelijking van de toestand waarin de schade-lijdende zich bevond vóór de onrechtmatige daad en de hypothetische toestand waarin het slachtoffer zich zou hebben bevonden indien de onrechtmatige daad niet had plaats gevonden (612). Dienvolgens dient zowel het verlies dat werd geleden als de gederfde winst te worden vergoed in de mate dat de schade het voorzienbaar gevolg van de onrechtmatige daad was. Deze schade kan worden omschreven als een inbreuk op de goodwill en de uitwerking van de reclame die hun weerslag vinden in een teruglopen van de omzet (613).

(609) HOPMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 106; ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 465 e.v.; Anders: PITLO, o.c., blz. 228 e.v..

(610) Op wie daarbij de bewijslast rust hangt af van de onrechtmatige daad zoals zij zich in concreto voordoet en van het verloop van het geding. Zie het overzicht bij: JANSSEN C.H.M., in DRION H., Onrechtmatige daad, I, H, nr. 289 e.v.

(611) Vgl. PITLO, o.c., blz. 229; HARTIG, o.c., blz. 87; JANSSEN C.H.M., in DRION H., Onrechtmatige daad, I, H, nr. 290.

(612) BLOEMBERGEN, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, nr. 82; ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 477; Vgl. RONSE, Aanspraak, blz. 114; RONSE, noot sub Cass., 2 mei 1955, RCJB, 1957, 99 (110-111); Pres. 's Gravenhage, 4 april 1973, N.J., 1973, 258.

(613) Pres. 's Gravenhage, 27 juni 1966, Consumentengids, 1966, bijlage julinummer; 4 april 1973, N.J., 1973, 258.

115. Vierde vereiste is een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade. Dit is het geval zo vaak de schade niet zou zijn ingetreden indien de onrechtmatige daad was uitgebleven (614). De schade moet echter het normaal te verwachten gevolg zijn van de onrechtmatige daad (615). Om over dit laatste te oordelen wordt een abstracte maatstaf, die van de algemene kennis en ervaring toe te schrijven aan een normaal ontwikkeld persoon (616), gehanteerd. Geen strengere houding is daarvolgens tegenover het vergelijkend warenonderzoek gerechtvaardigd. Aldus is de omzetvermindering van ongunstig beoordeelde produkten en diensten door een afbrekend oordeel veroorzaakt, een voorzienbaar gevolg (617).

116. Laatste vereiste is dat de norm die werd overtreden door de onrechtmatige daad de benadeelde in zijn gekrenkt belang moet beschermen. Dit dient steeds te worden nagegaan, zelfs zo een ongeschreven zorgvuldigheidsregel op grond der concrete omstandigheden van het geval wordt geformuleerd (618). Krachtens deze zal het

(614) *Conditio sine qua non*-theorie: HOFFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 115; ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 488; BLOEMBERGEN, in DRION H., *Onrechtmatige daad*, II, nr. 314 e.v.; H.R., 3 febr. 1927, N.J., 1927, 636. Over Jurgens; BLOEMBERGEN, o.c., nr. 107 e.v.; WOLFSBERGEN, *Onrechtmatige daad*, blz. 25 e.v.

(615) Theorie der adequate veroorzaking: HOFFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 116; ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 485; BLOEMBERGEN, in DRION H., *Onrechtmatige daad*, II, nr. 314 e.v.; BLOEMBERGEN, o.c., nr. 107.

(616) ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 491-492 die verwijzen naar het criterium van het "redelijkerwijze" te voorzien gevolg, gehanteerd door de Hoge Raad. Zie: H.R., 28 nov. 1947, N.J., 1948, 135, noot Ph. A.N.H.; H.R., 25 jan. 1957, N.J., 1957, 114.

(617) HARTIG, o.c., blz. 84 met verwijzingen.

(618) ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 506; H.R., 17 jan. 1958, N.J., 1961, 568 met concl. LANGEMEIJER; H.R., 30 okt. 1959, N.J., 1961, 574. Aldus werd onder impuls van LANGEMEIJER aanvaard dat de krenking van een wettelijk voorschrift dat geen Schutznorm is ten voordele van de eisende partij, niet uitsluit dat meteen een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die wel bescherming biedt, zou zijn geschonden. Schutznorm in de concurrentiestrijd is zo'n ongeschreven regel telkens wanneer een concurrent zo handelt dat zijn concurrenten die

.../...

mogelijk zijn dat dewarentestorganisatie niet aansprakelijk wordt geacht tegenover een concurrerende warentestorganisatie, zo zij tekort schiet in een verplichting die alleen ter bescherming van de in een onderzoek beoordeelde concurrenten bestaat.

117. Maar de artikels 1401 en 1402 B.W. zijn niet de enige die in aanmerking komen voor toepassing. Daarnaast zijn er ook de wetsartikelen inzake belediging, welke rechtstreeks toepasselijk zouden kunnen zijn en die als Schutznorm bij toepassing van art. 1401 B.W. gelden. Zo bevat het tweede boek, titel XVI van het wetboek van strafrecht een aantal artikelen over belediging en smaad (art. 261 e.v. Sr.) Smaad is de opzettelijke aanranding van iemands eer of goede naam, gepleegd door de tenlastelegging van een welbepaald feit met het doel daaraan ruchtbaarheid te geven (art. 261 Sr.). Belediging is de opzettelijke aanranding van iemands eer of goede naam die geen smaad is, en openbaar gebeurt door geschrift of afbeelding, of in tegenwoordigheid van de beledigde of door toezending of aanbieding van een geschrift of van een afbeelding gebeurt (art. 266 Sr.) Het is echter zeer de vraag of deze artikelen op het vergelijkend warenonderzoek toepasselijk zijn. Aantasting van iemands krediet, van zijn kansen op voortbestaan van de opbrengst van zijn handel of op voortbestaan van zijn handel zelf, behoort tot het wezen van de concurrentie en ook de pers mag door

.../... zijn onrechtmatig handelen niet willen ondergaan, hem niet kunnen navolgen, omdat zij dit handelen onrechtmatig achten (correctief van LANGEMEIJER). Zie: Onrechtmatige Daad en Concurrentiestrijd, N.J.B., 1934, 617 (619 e.v.) en De praktische betekenis van de relativiteit der onrechtmatige daad, N.J.B., 1940, 385 (387 e.v.) Voor een bespreking der Schutznormtheorie, zie: RONSE, Aanspraak, blz. 70 e.v.; LIMPENS, La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé, Mélanges René Savatier, blz. 559 (563 e.v.); LIMPENS, Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de relativiteitsleer ter zake van onrechtmatige daden, R.W., 1961-62, 2437 e.v..

kritiek te leveren dit voortbestaan in het gedrang brengen. Het strafrecht laten dienen als mogelijke rem voor excessen lijkt dan ook ongewenst: dit is alleen bedoeld om het zich te buiten gaan op de reputatie en de eer van een ander te beteugelen zo men daardoor de persoon zelf wil treffen (619). Bovendien neemt men aan dat het misdrijf van smaad of belediging slechts tegen natuurlijke personen en niet tegen rechtspersonen kan worden gepleegd (620).

118. Het Nederlandse recht kent echter ook een burgerlijke beledigingsactie in de art. 1408 e.v. B.W. (621). In deze artikelen is "belediging" als identiek te beschouwen met het concept belediging in het strafrecht (622). Aldus zal, zo de animus iniuriandi ontbreekt, of andere elementen vereist voor de strafbaarheid der belediging, art. 1401 B.W. en niet art. 1408 B.W. toepasselijk zijn (623). Zo echter alle voorwaarden voor de belediging vervuld zijn, moet art. 1408 B.W. (als *lex specialis*) en niet art. 1401 B.W. wor-

(619) AUBEL, o.c., blz. 23 met verwijzing naar SMIDT H.J., *Geschiedenis van het wetboek van Strafrecht*, Haarlem, 1881, deel 2, blz. 366; DE GROOTH, a.c., de N.V., 1953-54, 1 (2).

(620) NOYON-LANGEMEIJER, *Het wetboek van Strafrecht*, II, blz. 248; VAN BEMMELEN-VAN HATTUM, *Hand- en Leesboek van het Nederlandse Strafrecht*, II, blz. 489; verdere verwijzingen bij MICHIELS VAN KASSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., *Onrechtmatige daad*, IX, nr. 5 e.v.; *Pres.Rb. Maastricht*, 5 juni 1956, N.J., 1957, 26.

(621) In het Ontwerp B.W. verdween de beledigingsactie. Daarover: SIPKES O.W., *De burgerlijke beledigingsactie en het ontwerp 6e Boek B.W.*, N.J.B., 1965, 486 e.v.; GERBRANDY, a.c., *R.M.Themis*, 1969, 97 (101).

(622) Vaste rechtsleer: AUBEL, o.c., blz. 15; NOYON-LANGEMEIJER, o.c., blz. 251; MICHIELS VAN KASSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., *Onrechtmatige daad*, IX, nr. 4 met verdere verwijzingen; ID., *Preadvies*, blz. 7.

(623) AUBEL, o.c., blz. 15 en 23-24; BOUKEMA C.A., *Civielrechtelijke samenloop*. In het bijzonder tussen art. 1401 B.W. en andere wetsbepalingen, blz. 42 e.v.; HERRMANN, in DRION H., *Onrechtmatige daad*, III, nr. 38 e.v.

den toegepast (624). De sancties voorzien door beide artikelen lopen echter zeer uiteen: zo zou art. 1401 B.W. geen vergoeding voor de onstoffelijke schade, in eer en goede naam geleden, kunnen bieden, art. 1408 B.W. wel; verschilt de amende honorable die kan worden bekomen van een verklaring voor recht dat de handeling onrechtmatig (art. 1401 B.W.) dan wel beledigend of lasterlijk is (art. 1409, 1e lid); en kan krachtens art. 1401 B.W. de publikatie van het vonnis, krachtens art. 1409, 3e lid B.W. de openbare aanplakking aan het gerechtsgebouw of het gemeentehuis bekomen worden (625).

Nochtans is het onzeker of de burgerrechtelijke beledigingsaktie op het vergelijkend warenonderzoek toepasbaar is. Omstreden is of de kredietwaardigheid van een persoon onder deze kan vallen, evenzeer als het feit of rechtspersonen door dit artikel worden beschermd (626).

119. Een laatste vraag die dient te worden opgelost is of bij aan-

(624) BOUKEMA P.J., o.c., blz. 212; BOUKEMA C.A., o.c., blz. 44; ASSER-RUTTEN, o.c., III, 2, blz. 575. H.R., 14 nov. 1958, N.J., 1959, 15, noot L.E.H.R., Contra: HOFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 188.

(625) ASSER-RUTTEN, o.c., III, 2, blz. 500 en 572; HOFFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 286; AUBEL, o.c., blz. 17-20 die deze verschillen uitvoerig bespreekt. Principieel pro de mogelijkheid om, zo een aantasting van eer en goede naam die aan de vereisten van art. 1408 e.v. B.W. voldoet, de eiser de vrijheid zou hebben om naast of in plaats van de vorderingen uit art. 1408 e.v. B.W. de actie uit art. 1401 B.W. in te stellen: WOLFSBERGEN, o.c., blz. 184. Zie voor een vonnis waar de vraag of art. 1401 B.W. of 1408 B.W. toepasselijk is, in het midden wordt gelaten, omdat aan de voorwaarden voor beiden is voldaan: Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, N.J., 1960, 502.

Zie over de publikatie van het vonnis: BLOEMBERGEN, Onrechtmatige daad: publikatie van het vonnis; recht op rectificatie, N.J.B., 1964, 337 e.v. en 374 e.v.; AUBEL, o.c., blz. 145 e.v.. Over de onstoffelijke schade: art. 6.1.9.11 Ontwerp B.W.

(626) De rechtspraak zowel als de rechtsleer zijn hieromtrent verdeeld. Zie: MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, nr. 5 en 6 en de verwijzingen; VAN BEMMELLEN-VAN HATTUM, o.c., II, blz. 488-489. Adde pro: Pres. Rb. Amsterdam, 11 sept. 1974, N.J., 1975, 77; Rb. Arnhem, 5 sept. 1974, N.J., 1975, 364.

tasting van eens anders kredietwaardigheid de schadetoebrengende persoon eventueel zijn handelwijze zou kunnen rechtvaardigen. Daartoe voorziet art. 1412, 2e lid B.W. twee rechtvaardigingsgronden (627), namelijk het handelen in het algemeen belang of ter noodzakelijke verdediging. De aanwezigheid van deze gronden ontnemen aan de uiting haar onrechtmatig karakter (628). Deze komen niet alleen in aanmerking voor toepassing zo de eis op art. 1408 B.W. wordt gesteund, doch ook zo men van art. 1401 B.W. uitgaat (629). Het handelen in het algemeen belang veronderstelt dat men zich een bepaalde taak, bepaalde doelstellingen toemeet, in functie waarvan men bepaalde handelingen stelt en meent gerechtigd te zijn om te handelen zoals men in concreto optrad. Zo heeft de pers een duidelijke maatschappelijke taak (630) en wordt de publicatie van artikelen (631) en vergelijkende warenonderzoeken

.../...W.b. de reputatie op financieel gebied, meent MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Preadvies, blz. 8 dat aan deze "in een groot aantal rechterlijke beslissingen bescherming verleend" is. Ontleedt men deze rechtspraak nauwkeurig, dan zijn er haast steeds ook andere factoren in de uiting aanwezig welke op zichzelf of in combinatie met andere, volstonden om de uiting onrechtmatig te oordelen (krenkende vormgeving, grievende bewoordingen, onwaarheid, onnodige publiciteit).

W.b. de mogelijkheid tot belediging van een rechtspersoon, meent dezelfde auteur, t.a.p., blz. 10-11 dat uit de recente rechtspraak blijkt dat de goede naam van rechtspersonen wel degelijk door art. 1408 e.v. B.W. wordt beschermd.

(627) Art. 1412, 2e lid B.W. luidt: "Het oogmerk te beledigen wordt niet aanwezig geacht voorzover de dader klaarblijkelijk heeft gehandeld in het algemeen belang of ter noodzakelijke verdediging."

(628) AUBEL, o.c., blz. 137-138; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige Daad, IX, nr. 12.5; Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, N.J., 1960, 502.

(629) AUBEL, o.c., blz. 68-69; H.R., 22 jan. 1965, N.J., 1965, 131, noot G.J.S.; Pres. Rb.'s Gravenhage, 4 april 1973, N.J., 1973, 258.

(630) AUBEL, o.c., blz. 60-70 met talrijke verwijzingen. Zie recent: Hof Amsterdam, 8 nov. 1973, N.J., 1974, 163; Pres. Rb. Amsterdam, 17 dec. 1974, N.J., 1975, 79.

(631) H.R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, noot G.J.S., Snelkookpan-nendemonstratie: Pres. Rb.'s Gravenhage, 27 juni 1966, Consumentengids, 1966, bijlage juli nummer; ID., 15 aug. 1968, Cambridge Haarinstituut.

(632) als een rechtmatige activiteit ter verwezenlijking van een algemeen-nuttig doel door een waretestorganisatie beschouwd. Deze taak en haar concrete behartiging zullen door de rechter beoordeeld worden, telkens geschillen rijzen. Aldus zal de rechter een beroep op het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging verwerpen telkens als hij de concrete handelwijze onaangepast acht aan de erdoor beoogde werking of tegenover de belangen van de geschade (633). Aldus wanneer door een andere wijze van bekendmaking de verdedigde zaak beter kon gediend worden (634) en de geschade minder schade zou hebben geleden; wanneer men de grenzen overschrijdt die men zichzelf had gesteld of die volgens de aard zelf van de feiten, zoals deze zich objectief aandienden, hadden moeten worden gesteld (635). De aanwezigheid van elk der factoren die

(632) Rb. 's Gravenhage, 30 sept. 1968, N.J., 1969, 443, The Indiana, en 23 febr. 1970, eindvonnis The Indiana: "Overwegende dat de rechtbank meent bij de behandeling van dit onderwerp te moeten vooropstellen dat de Consumentenbond krachtens haar doelstellingen de belangen van de consument behartigt, hetgeen als een algemeen belang is aan te merken..."

(633) Rb. 's Gravenhage, 30 sept. 1968, N.J., 1969, 443, the Indiana: eis van objectiviteit en deskundigheid aan het onderzoek gesteld; Pres. Rb. 's Gravenhage, 27 juni 1966, Consumentengids, 1966, bijlage julinummer: eis van neutraliteit.

(634) Rb. 's Hertogenbosch, 8 febr. 1946, N.J., 1946, 657; Rb. Amsterdam, 19 okt. 1948, N.J., 1949, 175; Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, N.J., 1960, 502 dat Rb. Amsterdam, 3 febr. 1959, N.J., 1959, 403 bevestigt op dit punt; Pres. Rb. Utrecht, 9 april 1973, N.J. 1973, 392.

(635) Aldus het verwijt door Hof Amsterdam, 12 mei 1971, N.J., 1971, 377, gericht aan VARA's ombudsman dat hij in een T.V. uitzending, waar men bewijzen verzamelde over het springen van flessen zonder enige aanwijsbare oorzaak, zodanig tewerk ging en door naamvermelding en opzet der uitzending van het bewijzen verzamelen een ondergeschikte aangelegenheid maakte en tot beschuldigen van één bepaalde firma overging. Voor een uitgebreid overzicht der rechtspraak: MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, nr. 12.2 tot 12.6.

hoger werden omschreven (onjuistheid of onwaarheid, onnodig grievende vormgeving, behartiging van eigen materieel belang), kan trouwens een beroep op het algemeen belang onmogelijk maken, vermits hun afzonderlijke of gezamenlijke aanwezigheid de onrechtmatigheid kan begronden (636).

120. Gezien de schaarste der jurisprudentie daaromtrent (637) is niet duidelijk in welke mate de slechte reputatie die een persoon

(636) Valse beschuldigingen in een onnodig grievende vorm kunnen niet in het algemeen belang zijn: Rb. Amsterdam, 18 mei 1971 en Hof Amsterdam, 8 nov. 1973, N.J., 1974, 163, Nak.
 Geen beroep op het algemeen belang mogelijk zelfs zo beschuldigingen juist worden weergegeven en vernomen werden uit de mond van een oud-staatssecretaris, indien op eenvoudige wijze de beweringen konden worden geverifieerd en de ernst en het bijna fantastische karakter der beschuldigingen ertoe dwongen: Pres. Rb. Amsterdam, 17 dec. 1974, N.J., 1975, 79: beschuldiging aan het adres van een toneelgezelschap dat dit een communistische mantelorganisatie is, die bedrijfsspionage doorvoerde, af luisterapparatuur plaatste, diefstal en valsheid in geschrifte pleegde.
 Geen beroep op het algemeen belang mogelijk bij bekendmaking van ongefundeerde ernstige beschuldigingen welke anders en elders dan werd gedaan hadden kunnen geformuleerd worden: Pres. Rb. Amsterdam, 23 dec. 1974, N.J., 1975, 80 (voor de feiten, zie vorig vonnis).
 Vergelijk voor de rechtspraak van vóór 1972: MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Preadvies, blz. 26-27 met uitvoerige verwijzingen.

(637) Rb. Amsterdam, 3 juni 1932, W., 12569; Hof Amsterdam, 23 mei 1935, N.J., 1935, 1623 dat op dit punt Rb. Amsterdam, 12 juni 1934, 1199 vernietigt; Rb. 's Hertogenbosch, 8 febr. 1946, N.J., 1946, 657. MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Preadvies, blz. 21. Ook het feit dat in Nederland geen uitspraken over het (hiermee analogische) vraagstuk voorhanden zijn of de aanleiding daartoe gegeven door de zich door de mededeling gekrenkt achtende persoon, een inbreuk op zijn privacy vermag te verschonen, kan in deze context worden vermeld.

reeds had vóór de gewraakte mededeling, de onrechtmatigheid van deze laatste kan verschonen. Hoewel men natuurlijk om billijkheidsredenen deze rechtspraak kan goedkeuren - het is immers algemeen aanvaard dat bij reactie tegen misstanden de ernst daarvan mede bepalend is voor het oordeel over vorm en inhoud van de uiting en haar eventueel rechtvaardiging door het algemeen belang - toch kan men zich afvragen of het wel geheel onbedenkkelijk is het oordeel over de eer van een persoon, de dunk die hij heeft over zichzelf, te laten afhangen van zijn reputatie, datgene wat anderen op grond van zijn gedrag over hem denken.

121. Een laatste artikel dat voor toepassing in aanmerking komt is art. 1416 a-d over de beteugeling van bedrieglijke berichten met de bedoeling anderen te bewegen tot de aankoop van waardepapieren (638).

(638) Art. 1416 luidt:

a. Hij die, met het oogmerk anderen te bewegen tot het nemen van schuldbrieven van eenigen staat, eenige provincie, gemeente, of openbare instelling of eenigen natuurlijke persoon, of tot het nemen van schuldbrieven of aandeele van eenige bestaande of op te richten vereeniging, stichting of vennootschap, openbaar maakt of doet openbaar maken gegevens, welke, doordien zij onwaar, onvolledig of verminkt zijn, eene onjuiste voorstelling moeten wekken, is verplicht dengeen, die aantoon dat hij dientengevolge tot het nemen van waarden is bewogen, het geleden nadeel te vergoeden of op zijn verlangen, tegen overdracht der schuldbrieven of aandeele, terug te betalen het bedrag waarvoor de waarden door hem genomen zijn.

Aansprakelijk is echter niet degeen, die aantoon dat hem geenerlei tekortkoming is te wijten.

Onder schuldbrieven en aandeele zijn begrepen certificaten van schuldbrieven en certificaten van aandeele.

b. De natuurlijke persoon zelf of de vereeniging, stichting of vennootschap zelve worden geacht de in het vorige artikel bedoelde gegevens te hebben doen openbaar maken:

a. Indien de plaatsing der waarden geschiedt door derden krachtens eene met of namens den natuurlijke of de vereeniging, stichting of vennootschap gesloten overeenkomst;

b. indien de natuurlijke persoon of de vereeniging, stichting of vennootschap heeft nagelaten, hoewel redelijkerwijze daartoe verplicht, tijdig ter algemeenkennis te brengen dat de onder a genoemde omstandigheid niet aanwezig is.

.../...

Gezien zijn toepassingsmogelijkheden zal het slechts zeer uitzonderlijk kunnen worden ingeroepen, namelijk bij grove miskenning der neutraliteit door een afspraak tussen diegene die aandelen of obligaties op de markt brengt en de warentestorganisatie om, met misbruik van het vertrouwen van het publiek, deze aandelen of obligaties te plaatsen. Hetzelfde resultaat kan trouwens door een beroep op artikel 1401 B.W. worden bereikt (639).

122. De schadevergoeding gebeurt normaal door een geldelijke compensatie van de geleden vermogensvermindering, soms door een herstellen van de toestand die bestond voor de onrechtmatige daad plaats greep, door een verbod om te doen of niet te doen (640).

.../... c. Met de vereeniging, stichting of vennootschap zijn hare bestuurders en commissarissen aansprakelijk.

Bij plaatsing der waarden van eene op te richten vereeniging, stichting of vennootschap zijn, met hen die de gegevens hebben openbaar gemaakt of doen maken, aansprakelijk zij, die daarbij als oprichters, bestuurders of commissarissen worden genoemd, indien zij niet, hoewel redelijkerwijze daartoe verplicht, tijdig ter algemene kennis te brengen, dat die aanduiding ten onrechte is geschied. Een bestuurder, commissaris of oprichter is niet aansprakelijk, indien hij tijdig ter algemene kennis brengt, dat de openbaarmaking der gegevens buiten zijn weten of tegen zijn wil is geschied, of indien hij aantoonst, dat hem geenerlei tekortkoming is te wijten.

d. De aansprakelijkheid, bedoeld bij de drie vooraangaande artikelen, is eene hoofdelijke.

De rechtsvordering te dier zake vervalt na verloop van zes maanden te rekenen van den dag waarop den nemer de onwaarheid, onvolledigheid of vermindering, waarop de vordering gegrond is, is gebleken of had kunnen blijken.

(639) ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 576; HERRMANN, in DRION H., Onrechtmatige daad, III, nr. 38 j.; de invloed van dit artikel in het recht is nauwelijks merkbaar. Ook de commentaren zijn kort: uitzondering is VAN DER HEYDEN- VAN DER GRINTEN, Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlands recht, 7edruk, nr.105-112.

(640) HOFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 134-135; PITLO, o.c., blz. 240; ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 500-501; BLOEMBERGEN, o.c., nr. 88 e.v.

.../...

Of immateriële schade kan worden vergoed is onzeker (641), doch wordt meestal ontkend. Dit is wel het geval bij belediging (642). Normaal zal dus de ondernemer die schade leed door een vergelijkend warenonderzoek, bij vervuld zijn der verdere voorwaarden, een vergoeding kunnen vorderen voor het teruglopen van zijn omzet (643). Of de rechter efficiënte maatregelen zal kunnen opleggen om de toestand van voor de schadetoebrenging te herstellen, mag twijfelachtig heten (644). Een verklaring voor recht wordt buiten art. 1409, 2e lid B.W. dat geldt voor krenkende uitlatingen, niet gemakkelijk toegestaan (645), een recht op rectificatie of wederwoord of de publicatie van het vonnis al evenmin (646).

(.../... Zie voor een speciaal geval: Rb. Amsterdam, 28 jan. 1947, N.J., 1947, 520: vrouw wier hoofdhaar na de wereldoorlog werd afgesneden, na betichting door gedaagde, bekomt dat haar vergoeding voor het aanschaffen van een pruik wordt toegekend.

(641) Duidelijk contra: H.R., 14 nov. 1958, N.J., 1959, 15, noot L.E.H.R., Herenwaardens Kalkzandsteenfabrieken: niet op grond van art. 1401, wel op grond van art. 1409 B.W.

(642) HOFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 147; PITLO, o.c., blz. 259; ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 572 met verwijzingen. Zie ook het arrest in vorige noot.

(643) Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962, GRUR AIT, 1962, 511 (513).

(644) HARTIG, o.c., blz. 88-89 besluit daartoe op grond van de eigen aard van het vergelijkend warenonderzoek en zijn werking op de aankoopbeslissing der consumenten.

(645) 1964, MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, blz. 57 en BLOEMBERGEN, ibidem, II, nr. 201 met verwijzingen en a.c., N.J.B., 1964, 337 (376).

(646) BLOEMBERGEN, in DRION H., Onrechtmatige daad, II, nr. 191 e.v. waar naast de strikte vereisten ook uitvoerig naar de rechtspraak ter zake wordt verwezen. De laatste jaren schijnen de rechters milder te worden: Zie bv. Pres. Rb. 's Gravenhage, 27 juni 1966, Consumentengids, 1966, bijlage juli-nummer.

De rechter die over de eis tot rectificatie moet uitspraak doen, moet een zo precies mogelijk omschreven bevel daartoe geven, waarin vermeld wordt waar, wat en hoe zal dienen te worden gepubliceerd (647). Zo wordt meestal de publicatie in dezelfde krant of hetzelfde weekblad als datgene waarin de krenkende uitlatingen verschenen bevolen (648), kan de tekst van het veroordelend vonnis, een gedeelte daarvan of een door de rechter vastgestelde tekst moeten worden gepubliceerd (649) en kan de opmaak van de rectificatie nader worden omschreven (lettertype, plaats, etc.) Een recht tot wederwoord op grond der wet is in Nederland onbekend (650) steeds moet de rechter op grond der art. 1401 e.v. B.W. over de eis uitspraak doen; het recht op rectificatie of tot publicatie van het vonnis wordt er meestal beschouwd als een wijze van schadeloosstelling anders dan in geld. Hoewel een recht van wederwoord niet bestaat, toch aanvaardt men dat het niet bereid zijn tot rectificatie, wanneer men door de gekrenkte daartoe aangemaand wordt, als een verzwarende omstandigheid zal gelden bij het geding dat daarna zal worden ingespannen (651). In het ontwerp van

(647) BLOEMBERGEN, a.c., N.J.B., 1964, 337 (379); ID., o.c., in DRION H., Onrechtmatige Daad, II, nr. 195a; AUBEL, o.c., blz. 124; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Preadvies, blz. 35.

(648) Hof Amsterdam, 24 mei 1956, N.J., 1956, 574; 24 januari 1968, N.J. 1968, 66. Zo ook voor radio- of televisierubrieken: Pres. Rb. Amsterdam, 9 april 1968, N.J., 1970, 96; Hof Amsterdam, 8 januari 1970, N.J., 1970, 67. Verdere rechtspraak bij BLOEMBERGEN, o.c., in DRION H., Onrechtmatige Daad, II, nr. 195a.

(649) Vonnis integraal: Hof Amsterdam, 24 mei 1956, N.J., 1956, 574. Een gedeelte ervan: Pres. Rb. Amsterdam, 9 febr. 1971 en Hof Amsterdam, 12 mei 1971, N.J., 1971, 377; Pres. Rb. 's Gravenhage, 27 juni 1966, Consumentengids, 1966, bijlage julinummer. Een door de rechter vastgestelde tekst; Pres. Rb. Amsterdam, 10 april 1975, N.J., 1975, 286; 6 maart 1975, N.J., 1975, 224; Hof Amsterdam, 18 april 1974, N.J., 1974, 529.

(650) Wel bestond dit op de Nederlandse Antillen, zie art. 19, K.B.⁸ april 1956, waarover H.CAMPEN, Onrechtmatige daad en pers, N.J.B., 1938, 619.

(651) LANGEMEIJER, De bescherming van de eer en de goede naam in ons land, N.J.B., 1961, 89 (94); Hof Amsterdam, 18 april 1974, N.J., 1974, 529.

het nieuwe Burgerlijk Wetboek is in art. 6.3.19 een recht op rectificatie opgenomen (652), terwijl dit ook bestaat voor de omroep krachtens art. 38 der Omroepwet (653).

123. Een rechterlijk bevel zal kunnen toegewezen worden, zelfs zo de inbreuk slechts dreigt (654) en nog geen schade werd toegebracht (655). Ook is voor de toewijzing ervan geenszins vereist dat schuldig werd gehandeld (656).

Daar een vergelijkend warenonderzoek door het grondrecht der vrije meningsuiting is gedekt, rijst de vraag naar de omvang van het rechterlijk bevel dat niet in een censuur mag ontaarden. Zo kan een

(652) "Wanneer iemand ter zake van een onjuiste of onvolledige publikatie uit onrechtmatige daad jegens een ander aansprakelijk is, kan de rechter hem op vordering van die ander veroordelen tot openbaarmaking van een rectificatie op een door de rechter aan te geven wijze.

Hetzelfde geldt indien aansprakelijkheid ontbreekt wegens het niet kennen of kunnen kennen van de onjuistheid of onvolledigheid der publikatie, in welk geval echter de ander de kosten van de openbaarmaking der rectificaties moet dragen voor zover de redelijkheid zulks medebrengt."

(653) "1. Iedere instelling die zendtijd heeft verkregen, kan ter zake van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende mededeling van gegevens van feitelijke aard in een door haar gedane uitzending, worden verplicht tot uitzending van een rectificatie, op vordering van een rechtstreeks bij de mededeling betrokkene, indien deze een voldoende belang bij de rectificatie heeft.

2. De President van de Rechtbank te Amsterdam beslist in kort geding op deze vordering, wat de wijze en het tijdstip van uitzending van de rectificatie betreft, nadathij daarover de regeringscommissaris heeft gehoord of in de gelegenheid gesteld hem van advies te dienen.

3. De uitzending van de rectificatie ontslaat de betrokken instelling niet van haar strafrechtelijke of burgerrechtelijke verantwoordelijkheid ter zake van de oorspronkelijke uitzending."

Zie daarover: GILTAY VETH, Het recht op rectificatie en het Verdrag van Rome, N.J.B., 1970, 157 e.v.; BOUKEMA P.J., Preadvies, blz. 33 e.v.

(654) H.R., 4 maart 1938, N.J., 1938, 948; BLOEMBERGEN, in DRION H., Onrechtmatige daad, II, nr. 212 e.v.

(655) H.R., 4 jan. 1952, N.J., 1953, 158, noot Ph. A.N.H.; BLOEMBERGEN, in DRION H., onrechtmatige daad, II, nr. 210.

(656) BLOEMBERGEN, in DRION H., Onrechtmatige daad, II, nr. 211.

verbod van publicatie voor de toekomst niet worden uitgesproken vooraleer er een publicatie plaats greep, zelfs al ligt de tekst die zal worden gepubliceerd aan de rechter voor (657): slechts zeer ernstige tekortkomingen hunnerzijds kunnen het rechtvaardigen dat de belangen van de testorganisatie bij een zich ongecensureerd uiten worden opgeofferd aan de belangen van de ondernemers. Verbod kan alleen worden opgelegd om de gewraakte uitingen nog te herhalen (658), of een verbod van verdere verspreiding en verbreiding van nog niet verkochte of verspreide nummers van de oplage, indien daaruit het onrechtmatig geoordeelde niet wordt gelicht (659).

Hetzelfde geldt voor de resultaten van het onderzoek die zouden worden toegezonden aan de ondernemer, vóór de publicatie. Het feit dat zij moeten dienen om te worden gepubliceerd en nog in een tekst zullen worden verwerkt, verhindert dat vóór de publicatie ervan tegen hun onjuistheid zou worden opgetreden (660). Groot belang kan aan deze opmerkingen echter in het ons interesserende

(657) Bijv. omdat hij aan de betroffenen werd toegezonden. Vergelijk: Rb. 's Hertogenbosch, 8 febr. 1946, N.J., 1946, 657; Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 okt. 1969, N.J., 1971, 51 en 10 febr. 1970, N.J., 1971, 52 en 31 okt. 1971, N.J., 1971, 456; KOOPMANS, Compendium van het Staatsrecht, blz. 211.

(658) DASSEN, Het rechterlijk bevel (verbod) en de vrijheid van meningsuiting, N.J.B., 1970, 492 (500); Hof Den Haag, 31 okt. 1940, N.J., 1940, 100; Hof Amsterdam, 12 okt. 1967, N.J., 1968, 21; Rb. Roermond, 20 febr. 1947, N.J., 1948, 372.

(659) Pres. Rb. Rotterdam, 13 mei 1965, N.J., 1966, 130.

(660) BOUKEMA P.J., Preadvies, blz. 35 onder verwijzing naar H.R., 7 nov. 1892, W. 6259. Hiervan wijkt niet af Pres. Rb. Amsterdam, 4 dec. 1962, N.J., 1963, 64 waar de President de uitzending verbiedt van een uitzending over de levensgeschiedenis van eiseres - een Nederlandse - wegens de haar bedreigende zeer zware eerkrenking, welke naar het oordeel van eiseres en rechtbank besloten lag in het Engelse boek, waarnaar de uitzending was gemaakt. De Engelse auteur had zich trouwens tegenover eiseres verbonden om het boek niet op de Nederlandse markt te brengen. Deze laatste omstandigheden zijn immers doorslaggevend: de President kon reeds kennis nemen van het gewraakte werk, zij het in een andere vormgeving, bovendien kon men bij een belangenafweging ervan uitgaan dat het verbod van de auteur diende te gelden voor elke kennisname met het werk in de Nederlandse taal.

geval niet worden toegemeten: het is de bedoeling der toezending een zekere vorm van tegenspraak te organiseren, zodat deze nutteloos wordt indien met het antwoord geen rekening wordt gehouden. Deze bedoeling om een vorm van tegenspraak te organiseren vóór de publicatie maakt dan ook een reden uit om een eis tot heronderzoeken onontvankelijk te verklaren, behoudens zo de testorganisatie duidelijk haar woord niet gestand zou blijven en ondanks het bezwaar van één der producenten of verdelers van onderzochte produkten, de resultaten of de beoordeling zonder verdere verificatie van de bezwaren zou publiceren. Geschillen omtrent deze resultaten die voor de rechtbank zouden worden gebracht vóór de publicatie, zijn dus moeilijk denkbaar.

De testorganisatie kan tot deze toezending niet gedwongen worden (661), noch kan de toezending als verplichting voor de toekomst gebonden worden aan het oordeel over de rechtmatigheid van een actueel te beoordelen onderzoek. De rechtspraak houdt nochtans, bij het beoordelen der aansprakelijkheid, rekening met het feit dat een zekere tegenspraak vóór de publicatie mogelijk was (662).

(661) Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 okt. 1969, N.J., 1971, 51.

(662) Pres. Rb. 's Gravenhage, 15 aug. 1968, Cambridge Haarinstituut; 4 april 1973, N.J., 1973, 258; Pres. Rb. Amsterdam, 11 sept. 1974, N.J., 1975, 77: "Slechts ingeval aan ...de volledige tekst tevoren zou zijn toegezonden en hij daarmee uitdrukkelijk akkoord zou zijn gegaan, zou gedaagden uiteraard geen verwijt treffen in deze."

Vgl. Rb. Amsterdam, 18 dec. 1931, N.J., 1933, 424; Pres. Rb. Amsterdam, 11 sept. en 3 okt. 1974, N.J., 1975, 77 en 78: alleen maar de mogelijkheid bieden tot tegenspraak vooraleer de tekst bestaat, is onvoldoende om de aansprakelijkheid van de mededelende uit te sluiten. De weigering van de betrokkene om desgevraagd commentaar te geven op een over hem verbreide, grievende mededeling vóór haar publicatie, indien hij er alle belang bij heeft om commentaar te geven, sluit de aansprakelijkheid van de mededelende uit: Rb. 's Gravenhage, 19 dec. 1974, N.J., 1975, 400.

Indien het verbod in algemene termen was gesteld, dan dient de draagwijdte ervan te worden beperkt tot zulke handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij onder de door de rechter verboden inbreuk vallen (663). Een verbod om in de toekomst nog over eiser te schrijven, zou aldus te ruim zijn gesteld (664). Betreft het een radio- of televisie-uitzending, dan kan de voorlezing van het vonnis bevolen worden aan de persoon die de gewraakte mededeling deed (665). Dit vormt geen belemmering van zijn vrijheid van meningsuiting: de persoon wordt niet verplicht zijn mening te herzien, alleen moet hij het oordeel van de rechter daarover bekend maken (666).

(663) H.R., 3 jan. 1964, N.J., 1964, 455 en 18 febr. 1966, N.J., 1966, 208 beide met noot G.J.S.; BLOEMBERGEN, in DRION H., Onrechtmatige Daad, II, nr. 216; BOUKEMA P.J., Preadvies, blz. 35-36.

(664) De rechtspraak preciseert dat het moet gaan om krenkende uitlatingen of om soortgelijke uitlatingen als de gewraakte. Zie de verwijzingen bij MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, nr. 26. Typisch zijn: Rb. 's Hertogenbosch, 8 febr. 1946, N.J., 1946, 657: geen verbod voor de toekomst mogelijk, daar de krenkende aard van elke uiting op zichzelf moet beoordeeld worden en de toewijzing van de eis gedaagde ad infinitum zou plaatsnemen onder censuur van de eiser. Pres. 's Gravenhage, 10 febr. 1970, N.J., 1971, 52 verbod om nog over eiser te schrijven of een gebod om voorafgaande censuur te dulden, kan niet worden opgelegd.

(665) Hof Amsterdam, 8 jan. 1970, N.J., 1970, 67, Hiltermann; radio, televisie kunnen niet verwachten dat de door hen aangevallen persoon die een rectificatie bekommt, deze zelf zal voorbrengen. Zij moeten dit zelf doen: Rb. Amsterdam, 9 april 1968, N.J., 1970, 96.

(666) BOUKEMA P.J., Preadvies, blz. 35; GILTAY VETH, a.c., N.J.B., 1970, 157 (159).

BESLUIT

124. Uit het overzicht gewijd aan het recht in de drie landen blijkt dat het vergelijkend warenonderzoek er principieel geoorloofd wordt geacht en dat de status ervan, ondanks verschillen in wetgeving en rechtspraak er ongeveer hetzelfde uitziet. Op te merken valt dat slechts in Duitsland een duidelijke omschrijving werd uitgewerkt van het recht in hoofde van de producent of de verdeler van onderzochte produkten, waarin vergelijkende warenonderzoeken ingrijpen. In België en Nederland blijft men bij de omschrijving daarvan veel vager en vergenoegt men er zich eerder mee te stellen dat het krediet of de concurrentiecapaciteit van de aangevallene werden geschaad. Opvallende verschillen zijn er ook inzake de mogelijke sancties en hun theoretische grondslag. Daarbuiten blijken echter dezelfde vereisten aan het vergelijkende warenonderzoek te worden gesteld met ongeveer dezelfde inhoud. Daarom wordt hierna een verdere beschrijving van deze vereisten gegeven, waarbij het verloop van het testproces wordt gevolgd. Meteen is ook bedoeld een ideaal te omschrijven waarnaar het vergelijkend warenonderzoek zou moeten streven, terwijl terzelfdertijd de gronden, waarop de testorganisatie voor haar onderzoek aansprakelijk kan worden gesteld, worden gepreciseerd.

De hierna geformuleerde regels zijn geen deontologie, noch zijn zij een vorm van gewoonterecht. De hierna geformuleerde regels gelden immers, naar de thans vigerende heersende mening slechts ten voordele van de ondernemingen wier produkten of diensten in een vergelijkend warenonderzoek direct of indirect werden betrokken en niet tegenover rivaliserende testorganisaties (hoewel sommige regels zich daartoe best lenen), noch hebben testorganisaties aandacht geschonken aan de rechten van de consument die schade leed doordat hij op hun adviezen vertrouwde. In een volwaardige deontologie

lijkt mij dit een noodzaak. Er is bovendien nationaal noch internationaal een gezaghebbend orgaan dat over deze regels op een efficiënte manier zou kunnen waken of hen een duidelijke formulering geven. Vaak bestaat er slechts één enkele testorganisatie in een land, en steeds zijn zij weinig talrijk. Nog afgezien van de vraag of zulke kleine groep van mogelijke gewoontegebondenen, gewoonterecht kan doen ontstaan en of een supranationaal gewoonterecht met privaatrechtelijk karakter denkbaar is, lijkt determinerend te zijn dat het hierna beschreven geheel van regels een bestaan als gewoonte niet behoeft om afdwingbaar te zijn. Hun afdwingbaarheid steunt op positieve rechtsregels, ook al zijn dit blanco-normen, inhoudelijk steunen zij daarboven in een niet onbelangrijke mate op rechterlijke uitspraken. Hoe eensgezind deze omtrent een bepaalde vraag ook weze, gewoonterecht schept zij niet.

Hoofdstuk 3: De vereisten die moeten worden gesteld aan de
doorvoering van een vergelijkend warenonderzoek.

§ 1. Inleiding.

125. In de ruime zin is dit een probleem van objectiviteit (667). Principieel zou elke eenzijdigheid, elke afwijking van het ideaalbeeld dat een vergelijkend warenonderzoek zou moeten vertonen, moeten worden uitgeschakeld. Totale afwezigheid van elke vorm van beïnvloeding of eenzijdigheid is onmogelijk. De vergelijkende waren-test, zoals deze resulteert uit de beschrijving der vereisten, is een ideaal model dat de praktijk niet volkomen kan realiseren, doch slechts kan trachten te benaderen (668). Bij geschil zal het tenslotte de rechter zijn die, alle concrete omstandigheden in acht genomen, zal oordelen of de afwijking van het ideaalbeeld voldoende groot is opdat rechtssancties zouden kunnen worden uitgesproken. Meteen ook zal hij de meest aangewezen sancties nemen om het onrecht te herstellen.

Waarom echter een ideaal beschrijven wanneer het geen duidelijke richtlijnen of maatstaven bevat, aan de hand waarvan men met zekerheid kan zeggen wanneer een vergelijkend warenonderzoek onrechtmatig is dan niet. De redenen daarvan zijn gemakkelijk duidelijk. Allereerst omdat het nooit mogelijk is, los van preciese concrete gevallen, aan te duiden welke preciese feiten een onrechtmatige daad vormen en welke niet. En zelfs zo men over een uitgebreide casuïstiek kan beschikken, dan nog is het moeilijk om voor een bepaalde categorie van concrete gevallen een duidelijke en altijd gangbare grensstrekking tussen het on- en het geoorloofde te

(667) BRENNECKE, o.c., blz. 64-65. Over het begrip objectiviteit: GLASTRA VAN LOON, Objectiviteit, Speculum Langemeijer, blz. 125-137.

(668) KLATT, a.c., ZfbF, 1964, 485 (501); BRENNECKE, o.c., blz. 64; DITGEN, o.c., blz. 84.

definiëren. Het recht zelf geeft immers slechts algemene normen tot maatstaf die telkens opnieuw aan de concrete feiten dienen te worden getoetst. Hierna gaat het precies om een concrete feitenbeschrijving welke vaak niet kan steunen op concrete gevallen, en waarbij wordt aangeduid of het gaat om een na te streven ideaal, een als voldoende te achten benadering daarvan of waarschijnlijk onrechtmatig doorvoeren van een warenonderzoek.

126. Bedoeld is hierna een ideaal en een overzicht van eenzijdigheden, van bedreigingen voor het vergelijkend warenonderzoek weer te geven. Eenzijdigheid kan zich situeren op drie niveaus: op het niveau der verbruikersvereniging of van het onderzoekslaboratorium; op het niveau van de doorvoering van het onderzoek of op het niveau van de publicatie van de testresultaten.

127. Op het niveau van de verbruikersvereniging die de test doorvoert en publiceert, moet elke bewuste of onbewuste vooringenomenheid, elke belangenverbondenheid die zich schadelijk zou kunnen uitwerken op het onderzoek en de publicatie daarvan, worden vermeden. Dit is de eis van neutraliteit.

Op het niveau van het onderzoek zelf mogen noch de criteria zo aangelegd worden, noch de metingen en proeven zo geconcipieerd, opgetekend of doorgevoerd worden, dat zou worden afgeweken van het zeker aantal eigenschappen dat kan worden onderzocht en relevant is en de juiste bekomen resultaten, in een mate dat de gebruikswaarde van welbepaalde of alle onderzochte produkten vervalst wordt weergegeven. Ook bij het uitkiezen zelf en het bepalen van het aantal produkten dat zal worden onderzocht, mogen geen subjectieve factoren meespelen. Dit is de vereiste van objectiviteit in de enge zin.

Bij het klaar maken van de bekomen resultaten voor de publicatie ervan moet de grootste waarheidsgetrouwheid en voorzichtigheid voorop staan zodat geen verkeerde indrukken of vertekeningen ontstaan. Dit is de vereiste van zakelijkheid.

SCHOLTEN voegt hieraan de vereiste van aangepastheid aan de algemene of courante praktijk toe (669). Dit lijkt nochtans onder het vraagstuk der objectiviteit in enge zin begrepen te zijn en zal aldaar ook worden behandeld.

§ 2. De neutraliteitseis.

128. Neutraliteit is geen rechtstreekse vereiste aan het testproces gesteld. In de hier gebruikte betekenis kan zij niet van het vergelijkend warenonderzoek zelf geëist worden. De neutraliteit is een eis aan de testorganisatie en het testinstituut gesteld, zodat zij in de juiste gesteldheid tegenover de verschillende voor het onderzoek in aanmerking komende produkten of dienstenverstrekkers, de test aanvat en publiceert. Zij dienen neutraal, onpartijdig te blijven doorheen het onderzoek, zodat het hen bij voorbaat en uiteindelijk indifferent is, welk produkt of welke dienstenprestatie van welke ondernemer dan ook als beste uit het onderzoek te voorschijn zal komen. Hebben zij door speciale verbon- denheid met één of meer bepaalde ondernemers of door vooringenomenheid bepaalde vooroordelen ten gunste of ten nadele van dezen, dan kan het onderzoek en zijn publicatie niet meer onder voldoende waarborgen voor een serene voorlichting van de verbruiker worden doorgevoerd.

Gebrek aan neutraliteit bij de testorganisatie of het testinstituut kan normaal slechts gesanctionneerd worden zo dit onderzoek is van een gebrek aan objectiviteit of zakelijkheid, waarbij het dan als verzwarende omstandigheid zal gelden. In zeer krasse gevallen zal het op zichzelf volstaan, zo namelijk bij herhaald en overduidelijk blijken ervan, rivaliserende testorganisaties schade

(669) SCHOLTEN Sigrid, a.c., Warentest. Aus der Sicht von Industrie und Handel, blz. 17.

zouden lijden, al lijkt het mogelijk mogelijk dat dit voor Nederland en Duitsland (buiten de hypothese van § 826 BGB) voetstoots zou worden aanvaard : immers lijkt het op het eerste gezicht vrij onduidelijk dat de neutraliteitsplicht ook jegens rivaliserende testorganisaties zou bestaan, zo zij niet het rechtstreekse voorwerp zijn van deze onneutrale praktijken. Omgekeerd kan, vanuit een tekort aan objectiviteit en zakelijkheid, soms besloten worden tot gebrekkige neutraliteit (670). Daarvoor is vereist dat de tekortkoming aan de objectiviteit en zakelijkheid slechts duidelijk voor één of meer welbepaalde ondernemers geldt, zodat opzet of grove nalatigheid waarschijnlijk wordt en vooringenomenheid of een belangenverbondenheid met de bevoordeelde(n) aannemelijk wordt gemaakt.

Gebrekkige neutraliteit is zeer moeilijk te ontdekken en te bewijzen, maar zij beschaamt het vertrouwen dat de verbruikers in de verbruikersvereniging als voorlichtingsinstantie stelden. Zij kan dan niet op een gerechtvaardigde wijze de belangen der verbruikers waarnemen. Indien de verbruikers van deze belangenverbondenheid zouden weet hebben, zouden zij nooit de verbruikersvereniging hun vertrouwen hebben geschonken. Ook de ondernemers worden tekort gedaan doordat zij niet in gelijke voorwaarden en met gelijke kansen in aanmerking kwamen voor en tijdens het onderzoek. Indien de concurrentie essentieel een prestatieconcur-

(670) Aldus Hof Amsterdam, 25 febr. 1960, N.J., 1960, 502:

"...., dat immers het /dagblad/ artikel van A... een ...persoonlijke achtergrond had, bestaande in een particuliere onenigheid tussen de broer van de schrijver (benevens de schrijver zelf) en X /de eiser/, welke achtergrond aan de waarschuwing van het publiek tegen de gedragingen van X een met het pure aan de kaak stellen van misstanden in de handel in tweedehandsauto's onverenigbare subjectieve bijsmaak gaf;..."

"dat het persoonlijk element in de publicatie van 2 nov. 1957 nog wordt geaccentueerd door de voor een klaarblijkelijke behartiging van het algemeen belang onnodig hatelijke voorstelling op de daarbij - trouwens ook zonder noodzaak - afgedrukte afbeelding;"

rentie is, dan moeten zij ook op hun prestaties en daarop alleen, geoordeeld worden. Daarover alleen zijn de verbruikersverenigingen gemachtigd voorlichting te geven omdat de verbruikers belang hebben over deze prestaties te worden voorgelicht. Een economisch verantwoorde voorlichting is slechts rationeel zo zij op voet van gelijkheid gebeurt, zodat een onaanvechtbaar oordeel kan worden gegeven. Dan alleen is een verantwoorde aankoopbeslissing mogelijk die steunt op deze tests.

Ideaal zou zijn dat elke mogelijke verdachtmaking of elke binding zou achterwege blijven en, alhoewel de testorganisatie of het testinstituut, door om het even welke belangenverbondenheid niet automatisch onrechtmatig handelt jegens de andere ondernemers die in het onderzoek werden betrokken, toch waken haast alle er zorgvuldig op zo weinig mogelijk aanleiding te scheppen tot verdachtmaking en hun blazoën van onafhankelijkheid zo zuiver mogelijk te houden. Het is voor hun werking immers dodelijk als zij stuiten op vooringenomenheid tegen hen bij de verbruikers of zo dezen een gebrek aan neutraliteit door eigen ondervinding bevestigd zouden zien. Voor een instelling die sterk aan kritiek bloot staat en door kritiek erg kwetsbaar is, is het gevaarlijk verrichtingen te doen die het daglicht niet mogen zien. De "partner kan aan het praten gaan en bovendien kan men de eigen medewerkers die ontslag nemen niet controleren. Als men zijn neutraliteit verkoopt kan het einde snel zijn, want een testtijdschrift kan zich slechts recht houden zolang zijn faam van integriteit onaangetast behouden blijft."(671)

(671) VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 223. Vgl. Test-Aankoop, 1969, nr. 87, blz. 195: "Voor een vereniging als de onze bestaat de enige overlevingskans erin onafhankelijk te blijven. Elke verbintenis wordt vroeg of laat ontdekt en de verbruikers zouden het te weten komen. In dat geval zouden zij ons, niet zonder reden overigens, verlaten. Nogmaals, welk voordeel zou onze vereniging daaruit halen?"

Gezien hun belang bij neutraal blijven en ook omdat elke bewering strijdig met het quod plerumque fit, moet bewezen worden, genieten testorganisaties en testinstituten tot bewijs van het tegendeel van een vermoeden van onpartijdigheid (672). Dit volgt ook uit het feit dat elk handelen rechtmatig wordt geacht, zolang de onrechtmatigheid ervan niet door bewijs vaststaat.

De vereiste van neutraliteit mag echter niet overspannen worden. Een totale onafhankelijkheid van politiek, wereldbeschouwelijke of religieuze overwegingen is wellicht onbereikbaar. Elke verbruikersvereniging heeft ergens een eigen economische filosofie. En wanneer blijkt dat de test een gans speciaal standpunt of uitgangspunt koos, zoals de op confessionele grondslagen oordelende film- en televisiekritiek in dag- en weekbladen, dan kan dit voor sommigen een gebrek aan neutraliteit lijken. Zij is slechts in rechte aanvechtbaar wanneer de lezer ze ervaart als valse opinievorming (673).

129. Om neutraliteitsschadende bindingen uit te maken moet men voortgaan op de concrete omstandigheden. Bij een rechtspersoon zal men dus allereerst het statutair doel en de structuur van de vereniging moeten nazien. Indien het statutair doel de bescherming, de voorlichting of de vertegenwoordiging van de consument vermeldt, is dit voldoende om aan te nemen dat zij, behoudens

(672) CALLMANN R., Der Warentest in den U.S.A., GRUR AIT, 1963, 193 (194); BGH, 18 okt. 1966, GRUR, 1967, 113 Leberwurst, dat stelt dat dit zelfs zo is indien de testorganisatie winst nastreeft. Vgl. OLG Stuttgart, 26 juni 1963, BB, 1963, 831 (832): Wanneer uit het doel van het tijdschrift en de verwachtingen der verbruikers blijkt dat de verbruikersvoorlichting wordt nagestreefd, zou dit tijdschrift zichzelf schaden wanneer het zich ook in individuele gevallen tot spreekbuis voor reclamecampagnes van bepaalde concurrenten zou maken.

(673) WENZEL, o.c., blz. 196-197; OLG Hamburg, 6 mei 1959, GRUR, 1960, 147, Stern. Vgl. RIMANQUE, a.c., R.W., 1969-70, 1601 (1628-29).

verder bewijs, neutraal optrad. Bepalend is immers de idee de verbruiker te vertegenwoordigen (674). Om deze taak naar behoren te kunnen vervullen en het vertrouwen der consumenten waardig te zijn, moet de testorganisatie en het testinstituut volledig ten dienste staan der consumenten, los van alle andere belangen. Ontstaan bindingen die daaraan vreemd zijn en die taak belemmeren of nemen zij deze bewust in de koop, dan dringt zich een onderzoek op naar hun rechtvaardiging bij het publiceren en doorvoeren van vergelijkende warenonderzoeken.

Alle beïnvloedingen hebben het nadeel de verbruikersvereniging op een of andere wijze tegenover de producenten te verplichten, een belangenverbondenheid te doen ontstaan. Daarbij moet echter telkens worden nagegaan of zij volstond om de verbruikersvereniging onrechtmatig te laten handelen tegenover de andere producenten. Het is immers niet zo dat gebrekkige neutraliteit de tests steeds ontoelaatbaar maakt. Veeleer moet onderzocht worden of uit de beïnvloeding een niet te dulden nadeel volgde voor de niet-bevooroordeelden (675).

(674) LG Köln, 15 mei 1963, VPK, Sondernummer, 1963, 15 (18). Vgl. art. 57, tweede lid WHP en § 13, Abs. 1a UWG.

(675) LG Köln, 15 mei 1963, VPK, Sondernummer, 1963, 15 (18). Contra: HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (612-614); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 71 bij § 1 UWG; VULP, a.c., WRP, 1963, 109 (113) die elk tekortschieten aan de neutraliteitseis als "Irreführung" (§ 3 UWG) van het publiek veroordelen.

Een door de Belgische radio of televisie uitgezonden warenonderzoek dat geheel of gedeeltelijk als verkapte publiciteit zou moeten worden aangezien, zou strijden met art. 28, § 3 W. 18 mei 1960 en aldus verboden zijn. Zie ook art. 28, § 1 der wet dat een plicht tot objectiviteit inhoudt voor nieuwsuitzendingen en: Rb. Brussel, 4 febr. 1969, bev. Brussel, 24 maart 1972, Dijckers v. BRT. Vgl. art. 38 nl. Omroepwet over het recht van rectificatie waaruit a contrario een verplichting tot objectiviteit kan worden afgeleid. Art. 11 van deze wet verbiedt, behoudens toestemming van de Minister, aan zendgemachtigden uitzendingen met reclamedoelenden te verzorgen. Daartoe bestaat de Stichting Ether Reclame (STER) (art. 20 en 50 der wet).

130. Een allereerste vereiste van de neutraliteit is financiële onafhankelijkheid. Een sterke bron van verdachtmaking en van beïnvloeding der resultaten zou inderdaad volgen uit financiële tegemoetkomingen van producenten en handelaars aan de verbruikersverenigingen. Alle verbruikersverenigingen maken dit duidelijk in hun publicaties. Zij bevestigen geen enkele tegemoetkoming van de industrie of de handel te aanvaarden of deze nu bestaat uit geld, gratis ter beschikking gestelde proefexemplaren of laboratoria, advertenties in het tijdschrift, massale aankoop van het tijdschrift dat het onderzoek in kwestie bevat, om er reclame mede te maken (676). Bovendien wijzen zij er vaak op over voldoende financiële middelen te beschikken en deze niet te moeten gaan zoeken bij producenten of handelaars. Toelagen uit algemene economische stichtingen of verenigingen ter bevordering van nijverheid en handel zullen meestal deze bezwaren niet lopen zo zij zonder voorwaarden worden verstrekt of onder de enige voorwaarde dat de produkten van alle producenten in de sector zouden worden onderzocht. Hetzelfde geldt uiteraard voor tegemoetkomingen van verenigingen die geen commercieel oogmerk hebben en op het economische terrein niet actief zijn. Staatssteun kan worden aanvaard zo elke politieke druk ten voordele van de welbepaalde producenten of van de nationale produktie achterwege blijft (677).

131. Om hun financiële neutraliteit te bewaren hebben alle verbruikersverenigingen min of meer ingewikkelde voorzorgen genomen. Naargelang de bron waaruit zij hun inkomsten putten, deelt BRENNECKE de verenigingen in vier groepen in:

(676) Het Duitse DM neemt echter wel advertenties op en verkoopt exemplaren van zijn tijdschrift aan gunstig beoordeelde ondernemers of aan handelaars om deze te gebruiken in hun reclame.

(677) Vgl. Art. 6, K.B. 11 mei 1973 houdende vaststelling van de voorwaarden van erkenning van organisaties die voorzien in de medisch-farmaceutische voorlichting omtrent geneesmiddelen (Staatsbl., 25 sept. 1973): "De erkende organisatie mag slechts van de openbare machten alsmede van de Orde der geneesheren en der apothekers of van de beroepsverenigingen, subsidies aanvaarden".

- a. consumentenverenigingen die uitsluitend door eigen middelen (bijdragen der leden) worden gefinancierd;
- b. organisaties die zowel door eigen middelen als door financiële tegemoetkomingen van buiten uit worden gefinancierd;
- c. testorganisaties van de staat;
- d. testorganisaties evenals laboratoria die als onderneming met winstoogmerk worden gedreven (678)

132. Consumentenverenigingen die enkel door bijdragen van hun leden worden gefinancierd, willen hun ganse inkomen putten uit de bijdragen van hun leden en de verkoop van hun tijdschrift. Vaak zijn abonnement en lidmaatschap één geheel, alhoewel men daarnaast nog elk nummer afzonderlijk in de handel kan verkrijgen (679). Deze werkwijze heeft het voordeel de identiteit van geldschietters en nutshalenden te bereiken, zodat de inkomsten voor het volledige jaar tamelijk overzichtelijk zijn, daar het overgrote deel der kopers abonnees zijn. Welke mogelijkheden dit biedt, illustreert de werkwijze van de Britse Consumers' Association. Zij investeert de elf-twaalfden van het abonnementsgeld en gebruikt dan verder één twaalfde per maand daarvan. Het geïnvesteerde bedrag leverde voor 350.000 abonnees 2400 £ aan interest op, wat wordt geïnvesteerd in gemeente-obligaties. Door medewerking aan het programma Choice van de BBC genieten zij van aanvullende inkomsten, omdat daarvoor een vergoeding wordt betaald pro rata van de zuivere kosten, welke de vereniging door extra-arbeid en onkosten voor de uitzending loopt. De juistheid van het gedeclareerde bedrag wordt door boekhouders van de BBC gecontroleerd. Bovendien verdiende de Consumer's Association 451 £ uit de verhuring van een zaal van hun gebouwen voor vergaderingen (680).

(678) BRENNECKE, o.c., blz. 66.

(679) Zo handelt in België de Verbruikersunie. Zij verkocht in maart 1969 1515 exemplaren door de tijdschriftenhandel.

(680) BROOK, Eine unabhängige Konsumentenorganisation und ihre Finanzierung, MA, 1963, 1040 (1045-1046).

133. Sommige consumentenorganisaties betrekken hun inkomsten naast de bijdragen van hun leden en de gelden van de verkoop van hun tijdschrift ook uit subsidies van andere organisaties, die dan meestal deel uitmaken van de vereniging (consumentenverenigingen, -coöperaties, familiale of vrouwenverenigingen) of uit subsidies van overheidswege.

Dit is het geval in Nederland waar de overheid een zeer groot percentage der testkosten voor haar rekening neemt. In 1967 was dit 70 % of fl. 500.000, in 1972 was dit 90 % of 640.000 fl. ten voordele van de Stichting Vergelijkend Warenonderzoek en ontving Konsumenten Kontakt 140.000 fl. (681).

Het is zonder meer duidelijk dat aan de uitkering ervan geen enkel neutraliteitsbezwarend beding mag worden vastgeknoopt (682).

134. Indien de overheid de waretestorganisatie subsidieert voor de volledige omvang der onkosten, wordt de ledenbijdrage bijkomstig en beperkt zij zich hoogstens tot de publicatieonkosten. De overheid neemt dan de volle consequenties ter harte van het feit dat de voorlichting en alle andere kwesties die de verbruikers beroeren, de overgrote meerderheid der burgers betreffen en aldus steun van overheidswege behoeven (683).

Opdat de neutraliteit zou gegarandeerd blijven is vereist dat de financiële belangen van de staat bij alle onderzochte produkten terzijde zouden worden gesteld en niet in acht zouden worden genomen en dat de publicatie kosteloos of hoogstens aan kostprijs ter beschikking zou worden gesteld (684).

(681) SER-advies, blz. 10; Consumer Protection in the Common Market Countries, International Consumer, 1973, 7 (11). Zo ook in België voor VIVEC dat toelagen van de oprichtende verenigingen ontvangt.

(682) LG Köln, 15 mei 1963, VPK, Sondernummer, 1963, 15 (20).

(683) BRENNECKE, o.c., blz. 69.

(684) EICHMANN, o.c., blz. 23. Zie ook: Kein Maulkorb für die AGV, 1974, nr. 14,7.

Een bijkomende waarborg ligt bij deze vorm daarin, dat er een controle door een officieel organisme plaats grijpt over de rekeningen van de vereniging (685).

135. Tot nogtoe heeft slechts één handelsonderneming met winst-oogmerk vergelijkende warentests doorgevoerd en gepubliceerd: de uitgeverij DM te Stuttgart, thans te Nürnberg. Haar inkomen vloeit voort uit de verkoop van het tijdschrift aan ondernemers, die er reclame of scholing van verkooppersoneel mee beogen, de verkoop van het tijdschrift aan haar lezers, en uit de inkomsten uit de opgenomen advertenties.

Er weze hier nogmaals op gewezen dat, zoals hoger werd aange-toond, dergelijke organisatievorm uit het oogpunt van het Belgi-sche recht zeer vele bezwaren met zich medebrengt.

Onderzoek der verschillende vormen van financiële tegemoetkoming.

137. Financiële tegemoetkoming kan van zeer verschillende aard zijn. Een eerste, vrij grove vorm is die der omkoperij, het over-handigen van geld met het uitdrukkelijk beding dat dit wordt ge-given om de resultaten van het onderzoek ten voordele van de ge-ver te vervalsen. Dat hier onrechtmatig handelen en mogelijk zelfs strafbaar handelen aanwezig is, hoeft geen betoog: zulk handelen strijdt met de eis van gelijkberechtiging der mededin-gers wier produkten werden betrokken in het onderzoek en maakt vanwege de omkoper zelfs een onrechtmatige mededingingshandeling uit tegenover zijn mededingers (686).

(685) In België is dit het Rekenhof, dat controleert zo staatsgel-den worden gebruikt: art. 5, W. 29 okt. 1846 (Nederl. tekst: K.B., 17 okt. 1929); VAEREWIJCK, Administratief Lexicon, Tw. Rekenhof, blz. 9. In Duitsland zou in dit geval het Rechnungshof optreden: RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1028). In Nederland de Algemene Re-kenkamer: art. 193 G.W. en art. 45-83 der Comptabiliteitswet van 21 juli 1927.

Zie ook art. 22, Wetsvoorstel tot instelling van een Nationaal Instituut voor de Verbruikers, Parl. Besch., Kamer, 1974-75, nr. 392-1.

(686) Mogelijk op grond van het zich een voorsprong verschaffen door handelen in strijd met de strafwet (omkoperij), zoniet op .../..

Omkoperij kan echter subtieler vormen aannemen zo de verbruikersvereniging, naast de doorvoering van vergelijkend warenonderzoek, nog andere activiteiten heeft die voor steun vanwege de handel of nijverheid in aanmerking komen en zo daarbij de voorwaarde kan worden gesteld dat de steunende in een toekomstig onderzoek zal worden bevoordeeld. Dit zou het geval kunnen zijn zo de verbruikersvereniging een collectief werk voert ter garantie van bepaalde kwaliteiten en merkgebruikers als voorwaarde tot het voeren van het merk een gunstige kwotering in het vergelijkend warenonderzoek zouden bedingen (687). De bevoordeling kan natuurlijk ook alleen van de verbruikersvereniging uitgaan zo zij merkgebruikers bewust bevoordeelde. Zal het merkenrecht hier niet van toepassing zijn, daar de manipulaties geen onrechtmatig voeren van het merk betreffen of het merk aantasten in zijn geldigheid, het optreden van de verbruikersvereniging kan beteugeld worden op grond der normen der oneerlijke mededinging of der onrechtmatige daad (688).

Omgekeerd zou het al even laakbaar zijn dat de weigering tot financiële tegemoetkoming vanwege de producenten van onderzochte produkten, voor de testorganisatie de aanleiding zou vormen om deze produkten niet objectief te beoordelen (689).

.../... grond van het algemeen mededingingsrecht. Men vergelijke met de rechtspraak inzake het afhandig maken van medewerkers van de concurrent of het gebruik maken van diens bedrijfsgeheimen.

(687) In België is de Bond der Grote en Jonge Gezinnen nauw betrokken bij het beheer van het kwaliteitsmerk Quality Control.

(688) Vgl. GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 704, blz. 105 en nr. 997, blz. 337; DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, nr. 5.422; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 25 bij Einv. WZG.

(689) Vgl. voor een dagblad: DUPLAT, Le journal, blz. 194 onder verwijzing naar FABREGUETTES, Traité des délits politiques et des infractions par la parole, 2e ed., Paris, IIIe deel, zonder verwijzing naar de bladzijde.

138. Ook de kostenloze toezending voor onderzoek van waren door de producent betekent een aanzienlijke besparing en dus een financiële tegemoetkoming die de neutraliteit kan in gevaar brengen. Nochtans is het gevaar hier groot dat een exemplaar werd toegezonden dat niet aan de doorsneeproduktie beantwoordt, maar extra werd gecontroleerd en verzorgd, zodat het onderzoek niet objectief kan worden gevoerd, daar het resultaat, hoe nauwkeurig ook gecontroleerd, van de realiteit van de produktie van de betrokken ondernemer moet afwijken (690). Daarom zal dit probleem bij het onderzoek der objectiviteit worden behandeld en kan over de neutraliteitsschadende werking worden gezegd dat zij grotendeels bepaald wordt door de concrete omstandigheden, namelijk in hoeverre aannemelijk is dat door het aanvaarden van kosteloos toegezonden waren voor onderzoek, de verbruikersvereniging zich verplicht voelde tegenover de producent en in hoeverre dit tot uiting kwam in het onderzoek, waarvan de resultaten zouden zijn "aangepast" (691).

Het aanvaarden der waren zou de neutraliteit niet in gevaar brengen, voor zover zij slechts uitzonderlijk gebeurt en al de onderzochte exemplaren kosteloos ter beschikking werden gesteld (692). Dan bestaat er immers geen reden om zich tegenover individuele pro-

(690) Daarom sturen de verbruikersverenigingen deze ook terug. Zie: MEYNAUD, *Achter mieux*, blz. 16. In Nederland heeft de rechter in de Indiana-procedure beslist dat een aankoop van een tweede exemplaar gerechtvaardigd was, zo de leverancier bij de eerste bestelling wist dat het om een onderzoeksexemplaar ging. Rechtspraak en Consumentenbond, *Consumentengids*, 1970, 294 (295). Zie ook: art. 19 Wetsvoorstel tot instelling van een nationaal Instituut voor de verbruikers, *Parl. Besch.*, Kamer, 1974-75, nr. 392-1.

(691) Wat dan weer een probleem is van objectiviteit.

(692) Wel mag de verbruikersvereniging dan met de melding van dit feit geen stemming maken tegen producenten die weigerden dit te doen en wiens produkten dus niet werden onderzocht.

ducenten verplicht te voelen (693). Het gevaar dat in dit geval geen enkel produkt dat werd onderzocht aan de doorsnee-productie beantwoordt, maakt zulke tests weinig zinvol. Bovendien zou de verbruikersvereniging op het feit dat zulke proefexemplaren werden gebruikt, moeten wijzen, zoniet handelt zij tegen de professionele deontologie, daar de verbruiker zulke handelwijze normaal niet verwacht en, bij niet vermelding, verkeerd wordt voorgelicht.

139. Sommige auteurs hebben beweerd dat het testen op bestelling, namelijk het doorvoeren, tegen betaling, van een onderzoek op aanvraag van daarbij belang hebbende producenten of handelaars, de neutraliteit van de verbruikersvereniging in het gedrang brengt, tenzij op het feit van de bestelling wordt gewezen (694). Dit zou volgen uit de rechtspraak over de reclame met adviezen en aanbevelingen (695). Dit zou zeker zo zijn, wanneer het onderzoek strikt volgens de aanwijzingen van de belanghebbende gebeurde (696). Immers het onderzoek is dan niet meer op de eerste plaats consumentengericht en dit verschil in optiek kan dan ook eventueel de noodzaak van een vermelding rechtvaardigen. Nochtans kan uit de loutere afwezigheid van de vermelding dat het onderzoek in opdracht gebeurde, niet ipso facto tot

(693) BRENNECKE, o.c., blz. 72; VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 30. De hier beschreven mogelijkheid lijkt op grond van de tekst van art. 5 van het wetsvoorstel uitgesloten voor het Nationaal Instituut voor de Verbruikers.

(694) HEFERMEHL, o.c., GRUR, 1962, 611 (615). Minder expliciet: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 72 in fine bij § 1 UWG; VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 25.

(695) Daarover: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 18 bij § 1 UWG; FROWEIN, Werbung mit Gutachten; EICHMANN, o.c., blz. 29 e.v.; BGH, 14 juli 1961, GRUR, 1962, 45, noot D. REIMER, Betonzusatzmittel; Kooph. Gent, 19 juni 1909, gecit. bij COPPIETERS DE GIBSON, Les Nouvelles, Droits Intellectuels, Concurrence Déloyale, blz. 554; Voorz. Kooph. Brussel, 31 okt. 1957 en Brussel, 6 dec. 1958, Ing.Cons., 1959, 377; MARTENS, a.c., NJB, 1968, 61 e.v.; Rb. Amsterdam, 18 dec. 1931, N.J., 1933, 424.

(696) BUSSMANN, Wissenschaftliche Arbeiten und Wissenschaftler im

.../...

onrechtmatigheid wegens het ontbreken of het onvoldoende zijn der neutraliteit worden besloten. De concrete omstandigheden dienen te worden onderzocht, namelijk in hoeverre de onderzoeksresultaten door de opdracht en de betaling werden vervalst. Het moet duidelijk worden dat de vermelding met opzet werd verzwe- gen. Kan er bij zulke onderzoeken inderdaad niet van neutraliteit worden gesproken, dan is het toch duidelijk dat de objectiviteit van het oordeel niet noodzakelijk wordt aangetast door het feit van de bestelling. Er is nog steeds de professionele ernst van die- gene die het onderzoek doet en het waarschijnlijk aanwezig ver- langen vanwege de opdrachtgever precies te weten wat volgens objectieve methodes over zijn produkt dient te worden gedacht. Zelfs voor een in de industrie permanent aangesteld navorsers- weigert de rechtspraak zulk vermoeden van partijdigheid te aan- vaarden (697).

Trouwens het aangeven zelf kan gevaren in zich bergen daar het kan aangewend worden als reclameargument door de aanvragers. Zij kunnen erop wijzen dat zij, overtuigd van de waarde van hun pro- dukten, een onderzoek niet vreesden. Meteen zou de verbruikers- vereniging, bij veelvuldig voorkomen van deze praktijk, zelfs door een totaal objectief onderzoek, een zeer krachtig reclame- wapen bieden aan de aanvragers, en dezen zouden, meer nog dan

.../...Wettbewerb, WRP, 1956, 121 (125); HELLER, o.c., blz. 133; OLG Stuttgart, 26 febr. 1953, GRUR, 1955, 54 alle over dit probleem in verband met het aanvragen van adviezen om er reclame mee te maken.

(697) BGH, 14 juli 1961, GRUR, 1962, 45 met goedkeurende noot D.REIMER, Betonzusatzmittel; FROWEIN, o.c., blz. 61; Zie contra, alhoewel de speciale omstandigheden van de beide gevallen dit niet expliciet rechtvaardigen: Brussel, 11 juli 1900, JCB, 1905, 66 en Kooph. Luik, 10 nov. 1903, D.P., 1904, II, 227, met noot, "L'appendicite". Ook art. 15 wetsvoorstel tot instelling van een Nationaal Instituut voor de Verbruikers sluit de mogelijk- heid deskundige adviseurs uit de industrie en handel te raad- plegen niet uit.

de verbruikers, voordeel halen uit de onderzoeken (698). Hier-
tegen zullen verbruikersverenigingen zich dienen te verzetten
daar zulke vermelding noodzakelijk moet uitlopen op een aantas-
ten van de eigen goodwill in de ogen der consumenten.

Gezien het feit dat er ook hier van neutraliteit in de enge zin
geen sprake kan zijn, net zoals in het vorige geval, wanneer de
toezending van waren gepaard ging met betaling van het onder-
zoek, dient ook hier de eis van objectiviteit te worden gesteld.
Strikte objectiviteit is vereist. Alleen dan is het onderzoek
de verbruiker nog nuttig en kan de verbruikersvereniging tegen-
over de producenten van niet-onderzochte waren met succes staan-
de houden dat geen reclame maar voorlichting werd beoogd. Alleen
daardoor zou zij zich kunnen teweer stellen tegen een eis van
een producent wiens waren werden onderzocht en die minder goe-
de resultaten bekwaam. Bij onjuistheid is er immers een gebrekkige
uitvoering van het contract dat werd afgesloten tussen de ver-
bruikersvereniging en de producent of handelaar en bij bevoorde-
ling van één of meerderen onder hen is er onrechtmatige mededin-
ging (in ruime zin) vanwege de verbruikersvereniging tegenover
de niet-bevoordeelden.

Het feit der bestelling dient echter te worden aangegeven opdat
de verbruikersvereniging niet zou handelen tegen de professione-
le deontologie en aldus in conflict zou komen met een rivalise-
rende verbruikersvereniging. De verbruikers verwachten immers dat
vergelijkend warenonderzoek wordt doorgevoerd op totaal neutrale
basis, zonder tegemoetkomingen der producenten. Een onderzoek dat
op zulk essentieel punt afwijkt van het ideaalbeeld dat zij zich
hebben gevormd, dient deze afwijking aan te geven, zelfs al zou

(698) Hoewel hierbij het verbod van vergelijkende reclame niet mag
worden uit het oog verloren, dat zou kunnen in aanmerking komen,
wanneer sommige aanvragers tegen de zin van anderen reclame zouden
maken.

verder op het onderzoek niets aan te merken zijn. De waarde der gegeven voorlichting wordt in de ogen der verbruikers immers verminderd, zo de producenten of verdelers van het onderzochte produkt het onderzoek door financiële tegemoetkoming mogelijk maakten. Of deze plicht eerder ook in het voordeel der concurrerende testorganisaties dient te worden aanvaard, mag echter twijfelachtig heten, daar zij slechts zeer moeilijk het voldoende belang zullen kunnen aantonen dat zij dienen te bezitten om tegen het ontbreken der vermelding te kunnen ageren. Het lijkt bovendien twijfelachtig of deze verplichting ook in het algemeen in hun voordeel dient te gelden.

De verbruikersvereniging handelt tevens tegen de professionele deontologie en zal, samen met de producenten of de handelaars in de betrokken produkten die er voordeel bij hadden, kunnen aangesproken worden in rechte wegens onrechtmatige daad of onrechtmatige mededinging, zo het onderzoek niet objectief werd doorgevoerd op aansporing der producenten of handelaars. Dat er een inbreuk is op de professionele deontologie hoeft geen betoog. De rivaliserende verbruikersvereniging kan optreden tegen de producenten of handelaars wegens misleidende reclame, zo zij over de nodige hoedanigheid en het vereiste belang beschikt (699). Verdient de praktijk van een onderzoek op bestelling geen aanbeveling wegens de schade aan de goede naam en het verhoogde risico in processen verwikkeld te raken, dan gelden deze bezwaren even sterk zo alleen de produkten van één welbepaalde aanvrager worden getest.

Voortgaande op de rechtspraak van vóór het Höllenfeuer-arrest,

(699) Art. 20, 1° en 4° en art. 57, tweede lid, WHF; § 3 en 13, 1a UWG. Een formele wettelijke machtiging bestaat niet in Nederland: MARTENS S.K., a.c., N.J.B., 1968, 61 (67).

beweert Keller (700) dat het twijfelachtig wordt of de verbruikersvereniging zich nog op de persvrijheid kan beroepen, zo slechts de produkten van één ondernemer op bestelling werden onderzocht. Zulke bestelling dient slechts het eigen belang van de besteller en de publikatie die er uit volgt kan dus nooit in het algemeen belang zijn. Hierop doordenkend zou men in dit geval bij de beoordeling van de verhouding tussen persvrijheid en het recht op de handelszaak in hoofde van concurrenten, strengere criteria moeten aanleggen en vlugger een inbreuk op de handelszaak aanvaarden. Bij duidelijke overdrijving komt bovendien § 3 UWG (misleidende reclame) in aanmerking.

Het feit echter dat men zich principieel op de persvrijheid kan beroepen voor om het even welke publikatie die niet manifest onrechtmatig is, staat in de drie beschouwde landen buiten kijf. Daaraan doet niets af het feit dat de test slechts één ondernemer en zijn produkt(en) betrof en op bestelling geschiedde. Ter rechtvaardiging is echter een beroep op het algemeen belang slechts mogelijk in de mate dat het onderzoek waarde kan worden toegemeten ter voorlichting der consumenten. Dit zal in Nederland en Duitsland vrij gemakkelijk worden aanvaard, gezien de (recente) rechtspraak omtrent de waarde van een beroep op het dienen van het algemeen belang in procedures over vergelijkende reclame (701). In België zal allereerst bepalend zijn of er vergelijkende reclame wordt bevonden in het onderzoek, m.a.w. of er concurrenten herkenbaar getroffen zijn. Is dit niet het geval en wordt de test ondanks bestelling en beperktheid geoordeeld geen handelspubliciteit te zijn, dan nog zal bij onvoldoende zake-lijkheid of objectiviteit, een beroep op het algemeen belang

(700) KELLER, o.c., blz. 22.

(701) Daarover meer infra, deel II.

moeilijk slagen gezien precies de behartiging van privé-belang toch in sterke mate aanwezig is (702).

De waarde van zulke onderzoeken voor de verbruiker is echter gering, mede omdat zij geen overzicht bieden over het beschikbare assortiment op de markt.

Zulke tests zijn alleen te rechtvaardigen zo zij doorgevoerd worden voor één bepaald producent, doch niet worden gepubliceerd.

En dan nog is er de noodzakelijkheid te stellen eis dat zulke opdracht geen enkele verplichting tot bevoordeling bij latere, niet gefinancierde, doch wel gepubliceerde onderzoeken inhoudt.

Op te merken valt daarbij ook dat een verbruikersvereniging op aanvraag van één producent een onderzoek mag doorvoeren over het assortiment van de aanvrager en/of van diens concurrenten, zo het onderzoek niet wordt gepubliceerd, doch louter ter informatie zal dienen voor de bedrijfsleiding alleen. De eerlijkheid en het zelfrespect gebieden in zulke gevallen dat de vereniging daarover zijn leden bondig zou informeren, alhoewel deze plicht zonder sanctie is (703).

Tot nog toe is er niets bekend over de laatste hiervoor genoemde vormen van samenwerking tussen verbruikersverenigingen en producenten of handelaars. Onder de hoger geschetste waarborgen verricht, is tegen deze vormen van onderzoek nochtans geen fundamenteel bezwaar in te brengen. Gezien echter de precare aard der achting die verbruikersverenigingen bij het publiek genieten, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat verbruikersverenigingen dergelijke onderzoeken zouden aanvaarden. Ook van de zijde der producenten rijst daarbij het bezwaar dat voor hen zulk onderzoek het nuttigst is indien het, met bronvermelding, voor reclame kan worden ge-

(702) Daarover supra deel I, hoofdstuk 2.

(703) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., 11e druk, nr. 348 bij § 1 UWG eisen bij publikatie van zulke test dat zou vermeld worden dat deze in opdracht geschiedde.

bruikt, iets wat verbruikersverenigingen nooit toestaan.

140. Een sterke bron van verdachtmaking tegen de verbruikersvereniging is gelegen in de mogelijke publicatie van advertenties van producenten of handelaars. Derhalve wijzen alle tijdschriften erop dat zij geen reclame opnemen ofwel wijst men op het geringe aandeel dat reclame in het tijdschrift inneemt (704).

Uit de aanwezigheid van reclame besluit de verbruiker immers gemakkelijk dat elk oordeel, in het tijdschrift uitgesproken, werd gekocht, of dat de verbruikersvereniging zich wel zal wachten adverteerders in hun produktie slecht te beoordelen.

Ondermijnt het opnemen van advertenties echter ipso facto de neutraliteit der verbruikersvereniging, zodat zij niet meer van het vermoeden geniet van neutraliteit, doch zal moeten bewijzen dat haar onderzoek geen enkele beïnvloeding onderging uit hoofde van de advertenties? Zeker is dat druk zou kunnen worden uitgeoefend. Komt hierdoor de neutraliteit in het gedrang dan dient dit zich te weerspiegelen in een gebrek aan objectiviteit opdat de verbruikersvereniging aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Nochtans vermag het feit dat doorlopend werd geadverteerd en dat zowel de verbruikersvereniging als de producent daarbij belang hebben, geen voldoende reden te vormen voor een aanvaarden van een gebrekkige neutraliteit. Nijveraars en handelaars zijn voor hun aantal mogelijke advertentieopnemers tegenover het consumentenpubliek nooit op inlassing in één bepaald persorgaan aangewezen (705), terwijl het wel zeer zelden zal voorkomen dat het verlies

(704) Voor het tijdschrift DM bedroeg de advertentieruimte in 1963 13 % der totale oppervlakte. Vergelijk m' le Magazine de Madame, 1972, nr. 290, blz. 2 : "m' ne contient plus de publicité. C'est le prix de sa liberté et de celle des consommateurs qu'il veut défendre et protéger."

(705) VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 33. Dit zou alleen zo kunnen zijn voor zeer speciale produkten, waarbij men voor advertering haast uitsluitend op de vaktijdschriften is aangewezen.

van een bepaald adverteerder katastrofaal zou zijn voor een tijdschrift, temeer wanneer dit de ruimte beperkt die ter beschikking van de adverteerders wordt gesteld.

Een aantal auteurs stelt echter dat het opnemen van advertenties het vergelijkend warenonderzoek ipso facto zijn neutraliteit doet verliezen. Zij menen dat ook de kleinst mogelijke verdachtmaking die toelaat aan de objectiviteit van het onderzoek te twijfelen, moet worden vermeden (706). Weliswaar laten zij nog doorschemeren dat met de concrete omstandigheden moet worden rekening gehouden, maar toch aanvaarden zij dat het louter opnemen van advertenties een sterk vermoeden schept van gebrekkige neutraliteit, wat aanleiding kan zijn tot een ommekeer der bewijslast, zodat de verbruikersvereniging haar neutraliteit zal dienen te bewijzen. Daartegen hebben RINCK (707) en BUSSMANN (708) laten opmerken dat uit het opnemen van advertenties nog niets over de neutraliteit kan worden afgeleid. RINCK stelt dat het de verwachtingen van de lezers zijn, die neutraliteit veronderstellen, die de omvang van de neutraliteitsplicht moeten bepalen. Welnu, zelfs al pogen adverteerders het redactionele gedeelte van het tijdschrift te beïnvloeden, dan volgt noch uit de levenservaring, noch uit werkelijkheidsgetrouwe vermoedens dat zulke pogingen noodzakelijk succes hebben. De lezer houdt daarmee trouwens rekening, omdat in dag- en weekbladen bepaalde advertenties en kritiek op het door deze geadverteerde, samen worden aangetroffen (709). BUSSMANN meent

(706) ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 20; HEFERMEHL, o.c., GRUR, 1962, 611 (615); DROSTE H., Warentest in Zukunft, GRUR, 1965, 219 (220); VOLP, a.c., WRP, 1963, 109 (112); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 72 bij § 1 UWG.

(707) RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1029).

(708) BUSSMANN, o.c., blz. 80-81. Nadien ook BOFINGER, o.c., NJW, 1965, 1833 (1837).

(709) Vgl. DUPLAT, o.c., blz. 155-156; Brussel, 17 maart 1894, B.J., 1894, 420 met noot welke verwijst naar Parijs, 18 juni

dat een zorgvuldig afwegen van alle concrete omstandigheden de oplossing zal bieden.

De Duitse rechtspraak is deze beide auteurs gevolgd en weigert negatieve gevolgtrekkingen af te leiden voor de neutraliteit van het tijdschrift DM, uit het enkele feit dat advertenties werden opgenomen (710).

Deze houding correspondeert meest met de werkelijkheid. Als ideaal zou natuurlijk moeten worden gesteld dat een testtijdschrift geen advertenties bevat, omwille van de schijnbare belangenverbondenheid die daardoor ontstaat. Maar in de relaties tegenover de producenten is zulke schijn onvoldoende om een belangenverbondenheid te aanvaarden, die zo sterk zou zijn dat zij gaat primeren op het manifeste belang der verbruikersvereniging neutraal te blijven. Minstens moet men aanvaarden dat bijkomende elementen aanduidingen van onvoldoende neutraliteit bieden. Zijn zulke elementen aanwezig, dan is het handelen niet alleen onrechtmatig tegenover de benadeelde producenten of handelaars, maar ook tegen de rivaliserende verbruikersvereniging. Indien er kan van afgezien worden, verdient het aanbeveling geen advertenties op te nemen. Het schept onbehagen bij de lezer en tast zijn vertrouwen in de vereniging aan. Hij moet daaruit

.../... 1881, La Loi, 24 juni 1881 en FABREGUETTES, Traité des infractions par la voie de la presse, nr. 25 die redactioneel deel van een dagblad en de erin opgenomen advertenties als afzonderlijke delen beschouwen. Zie echter: Kooph. Brussel, 4 dec. 1901, J.C.B., 1912, 180 dat een financieel dagblad verbiedt elk profijt uit de betaalde publiciteit voor de adverterende teniet te doen door een kritisch redactioneel artikel over het ge-adverteerde in hetzelfde nummer.

(710) OLG Stuttgart, 26 juli 1963, BB, 1963, 831; OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1084 (1086); LG Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (178); LG Düsseldorf, 8 mei 1962, WRP, 1963, 27; LG Düsseldorf, 29 mei 1962, BB, 1962, 935; LG Frankfurt, 4 dec. 1963; BB, 1964, 239. Vgl. OLG Frankfurt. Main, 24 jan. 1974, WRP, 1974, 212 (214).

besluiten dat zijn vereniging weinig consequent is door enerzijds te kritiseren en anderzijds de inkomsten die de producenten of handelaars bieden via advertenties toch dankbaar te aanvaarden. Bovendien wordt hij geconfronteerd met het optreden van het storende verschijnsel dat producenten, wier waar slecht werd beoordeeld in het onderzoek, hun image trachten te herstellen door in latere advertenties het oordeel te relativiseren of volgens hun inzicht te verklaren (711).

141. Meer bedenkingen worden gemaakt tegen de verkoop in grote oplage aan gunstig beoordeelde ondernemers. Ook dit wordt door de meeste testorganisaties geweigerd (712). "De gedachte stemt ons onbehaaglijk dat in onze boekhouding een post zou voorkomen waarvolgens de firma XYZ... - ons een som van £ 600 of zoiets voor tijdschriften zou hebben betaald." (713) Daarom levert de Britse Consumers' Association nooit meer dan 12 exemplaren per nummer aan dezelfde persoon, tenzij deze zich contractueel verbindt dat deze exemplaren voor scholing dienen zullen en niet voor verkoopspromotie of reclame.

Een streng handhaven van zulk verbod wordt echter bemoeilijkt zo het testtijdschrift ook in de handel verkrijgbaar is: dan kunnen daar vrij veel exemplaren worden aangekocht. Dit ondervond de Verbruikersunie naar aanleiding van een onderzoek van benzine. De firma wiens produkt best was beoordeeld, kocht exemplaren op in de handel en belegde een persoonferentie, waarop deze werden uit-

(711) BRENNECKE, o.c., blz. 73 met verwijzingen naar zulke advertenties in DM.

(712) Uitzondering was het tijdschrift DM; zie ook International Consumer, 1964, nr. 27, blz. 10-12 over een pennetwist tussen de firma Braun en de Consumers' Association.

(713) BROOK, a.c., MA, 1963, 1040 (1042).

gedeeld. Het protest der Verbruikersunie leidde tot een vergelijk met de firma, waarbij deze afzag van verdere initiatieven (714).

Ook de Duitse rechtsleer had bezwaren. Verscheidene auteurs zijn principieel daartegen gekant en zien de neutraliteit verloren gaan, wanneer het tijdschrift in grote oplage aan producenten van gunstig beoordeelde produkten wordt verkocht of aan handelaars, omdat de concurrentiële capaciteit van de producent of de handelaar wordt ondersteund en vergelijkende reclame bevordert (715).

VOLP meent dat een beïnvloeding hier duidelijk zal blijken uit de concrete omstandigheden, daar de verbruikersvereniging de voordelen van de best beoordeelde eventueel sterk zal overdrijven of benadrukken en de nadelen van slecht beoordeelde producten eveneens, zodat werkelijk bestaande, doch geringe verschillen worden overdreven. Om dienstig te zijn in de reclame is dit immers nodig (716).

RINCK stelt dat de onjuistheid van de test, die het gevolg zou zijn van een bestelling in grote oplage van het tijdschrift, eerst moet worden bewezen en dat de loutere mogelijkheid van nabestelling in grote oplage, na het verschijnen, de

neutraliteit niet teniet doet. Er zal steeds een produkt zijn dat

(714) Zodat het proces, waarover WILL, Werbung und Warentest, blz. 143 bericht, nooit doorging: GROEN, a.c., Ars Aequi, XVIII, 1969, 13 (17). Over de juridische implicaties daarvan, zie infra, deel III.

(715) MOHRING, Ist das Recht der Werbung reformbedürftig ?, MA, 1962, 967(975); HEILE, a.c., NJW, 1962, 1177 (1179-1180); HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (615); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 72 bij § 1 UWG.

(716) VOLP, a.c., WRP, 1963, 109 (112). Zo ook : BUSSMANN, o.c., blz. 81.

best wordt geoordeeld, zodat diens producent nadien een bestelling kan plaatsen. Nochtans moet men hier meer argwanend zijn dan tegenover het opnemen van advertenties. Dit vooral wanneer vóór het klaarkomen van de tests een bestelling wordt in het vooruitzicht gesteld, op voorwaarde dat de beoordeling gunstig is (717). Ook de rechtspraak heeft tot heden geen veroordeling uitgesproken over de verkoop in grote oplage aan gunstig beoordeelde (718).

"Aus dem Umstand, dass der Artikel von Wettbewerbern der Kritisierten mit Interesse im grösserem Umfang gekauft wird, lässt sich nichts für eine Wettbewerbsabsicht der Beklagten herleiten, denn dies ist die zwangsläufige Folge jener publizierten Kritik oder Anerkennung;...". (719)

Het probleem dat hier wordt opgeworpen is eigenlijk veel meer een probleem van gebrekkige objectiviteit dan van gebrekkige neutraliteit (720). Slechts zo bij voorbaat een bestelling werd geplaatst onder de voorwaarde dat een gunstige beoordeling van het produkt van besteller zou volgen, is de neutraliteit van de verbruikersvereniging niet meer verzekerd.

Dit is nu geenszins louter theoretisch mogelijk. Zelfs de verwachting dat de ondernemer der best beoordeelde produkten een groot aantal exemplaren van het nummer met het artikel zal aankopen, kan de onderzoekingen en de redactie van zulke test sterk beïnvloeden en reeds bij voorbaat vervalsen. Kleine verschillen worden overdreven om de beste produkten een grotere voorsprong

(717) RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1029). Vgl. BOFINGER, a.c., NJW, 1965, 1833 (1837).

(718) OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1806); LG Düsseldorf, 29 sept. 1964, WRP, 1965, 144; LG Frankfurt a.M., 4 dec. 1963, BB, 1964, 239.

(719) LG Frankfurt a.M., 4 dec. 1963, BB, 1964, 239.

(720) EICHMANN, o.c., blz. 38; VOLP, a.c., WRP, 1963, 109 (112).

te geven (721). En alhoewel nog geen welbepaalde ondernemer zou worden beoogd, maar dit met de producent van de best beoordeelde waren zou gebeuren (722), dan nog is er een onrechtmatige daad tegenover de benadeelden, zolang de best beoordeelde producent geen exemplaren aankocht, en een daad van onrechtmatige mededinging vanaf de aankoop. De aankoop is immers de handeling die de belangenverbondenheid tot stand brengt tussen de aankoper en de verbruikersvereniging, omdat dan een contractuele relatie ontstaat tussen beiden waardoor de overdrijvingen of zelfs de onwaarheden de baten afwerpen waarvoor zij werden neergeschreven. Vindt deze contractsluiting vóór het onderzoek plaats, dan is er van dat ogenblik af een daad van onrechtmatige mededinging en kan worden opgetreden tegen de doorvoering van het onderzoek. Maar afgezien van deze krasse gevallen zal men, zoals voor het opnemen van advertenties in testtijdschriften, moeten de concrete omstandigheden nagaan en zeer oplettend zijn (723). Redactie der resultaten en het onderzoek zelve zullen nauwkeurig moeten gecontroleerd worden en met elkaar vergeleken. Een vermoeden van partijdigheid of gebrekkige objectiviteit met het doel de best beoordeelde het tijdschrift te doen kopen, moet dan ook snel worden aanvaard.

Onder dezelfde voorwaarden als de ondernemers kan hiertegen een rivaliserende testorganisatie optreden.

Ook hier dient te worden vermeld dat alle consumentenverenigingen de verkoop van zijn groot aantal exemplaren aan ondernemers weigeren of uitdrukkelijk bepalen dat geen reclame mag worden gemaakt met de onderzoeken. Zelfs het overdrukken van tests wordt

(721) VULP, a.c., WRP, 1963, 109 (112).

(722) RINCK, a.c., BB, 1027 (1029). Dit is een probleem van vooringenomenheid waardoor objectiviteit wordt onmogelijk gemaakt.

(723) RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1029).

meestal geweigerd (724).

Er moet immers twijfel rijzen bij de consument die even nadenkt, zo hij leest: "Die Firma Braun bestellt 20.000 Exemplare mit dem Rasierapparate-Test nach. Sie schneidet am besten ab. Wir müssen 20.000 nachdrucken. Schon vor Erscheinen der Nummer 3 wollte Braun 500 haben. Begründung: "Wir wissen, dass wir gut wegkommen." Zeitungen kann jeder von uns kaufen, so viel er will, auch 25.000 wie Braun in Frankfurt." (725)

Teksten als deze, uit het redactioneel deel, geven aan verdachtmakingen van partijdigheid voedsel en het hoeft geen verwondering te wekken dat daardoor veel van de goodwill van het tijdschrift bij het publiek verloren gaat. Dezes bereidheid tot luisteren naar en tot het volgen van de adviezen in het testtijdschrift is een eerste vereiste voor de goede werking van de verbruikersvereniging en voor haar voortbestaan.

Daar het verkopen van tijdschriften in grote oplage aan producenten van onderzochte produkten en handelaars, zonder enige gestipuleerde beperking voor het gebruik ervan, sterker dan het opnemen van advertenties, de werking der verbruikersverenigingen schaadt, dient dit middel van financiering de verbruikersverenigingen ontraden te worden.

Het heeft het nadeel dat het zeer snel, bij aanwezigheid van bijkomende omstandigheden, de aansprakelijkheid van de vereniging in het gedrang brengt of een eis uit onrechtmatige mededinging rechtvaardigt.

(724) Mits toelating wordt dit door de AGV, DM en de Scandinavische consumentenverenigingen geduld: BRENNECKE, o.c., blz. 74.

(725) DM, 1962, nr. 4, 54, geciteerd bij VULF, a.c., WRP, 1963, 109 (112); daarover eveneens WILL, o.c., blz. 17-18. Zie ook de twist tussen de firma Braun en de Consumers' Association, International Consumer, 1964, nr. 27, blz. 10-12.

Welk verweer een verbruikersvereniging bezit tegen een producent die, tegen haar wil in, haar tijdschrift in grote oplage koopt en gebruikt voor reclame, zal worden behandeld in het laatste deel, bij de bespreking van de reclame met vergelijkende waren-onderzoeken.

142. De herkomst der financiële middelen is weliswaar een belangrijke factor ter beoordeling van de neutraliteit van de verbruikersvereniging, doch belangrijker is de integriteit van de personen die over de verwerving der financiële middelen, hun aanwending, het verloop van de tests en hun redactie zeggenschap hebben (726). Zij moeten er juist over waken dat geen financiële middelen worden aangetrokken op een wijze die de neutraliteit onmogelijk maakt en beïnvloeding der resultaten opdringt daar deze gestipuleerd wordt bij of bewust of onbewust zou voortvloeien uit het feit van de verwerving.

Bovendien mogen zij ook, om tot een functie in een testinstituut of in een verbruikersvereniging geroepen te kunnen worden, geen enkele persoonlijke belangenverbondenheid hebben die hun taak binnen de testorganisatie of het testinstituut zou kunnen schaden. De organisatievorm, zowel feitelijk als juridisch, zal hierop moeten afgestemd zijn.

Een eerste eis die zich daarbij opdringt, is dat geen duidelijk met de belangen der producenten of van bepaalde belangrijke verdelers verbonden personen in een orgaan met beslissingsbevoegdheid over gelijk welk stadium in het onderzoek, mogen zetelen (727).

(726) BRENNECKE, o.c., blz. 77.

(727) BRENNECKE, o.c., blz. 78 en de aldaar geciteerde § 5 der statuten van de Engelse Consumers' Association: "No person shall be eligible or become or be member of the Council of the Association if in the opinion of the Council he shall be directly

Sommige testorganisaties voldoen daaraan niet omdat zij ook door inkomsten van buiten worden gefinancierd. Zo diegene die als leden ook coöperatieven voor verbruikers hebben (728), vooral indien deze produkten op de markt brengen van eigen fabrikaat, die in aanmerking zouden komen voor onderzoek. Hetzelfde geldt voor door de staat gefinancierde testverenigingen, omdat dan - gezien de functie van de staat - zoveel mogelijk belangengroepen dienen vertegenwoordigd te zijn (729). Dit laatste houdt echter niet ipso facto in dat deze vertegenwoordigers zo nauwe bindingen met de nijverheid en de handel zouden dienen te hebben dat van hen geen objectief oordeel kan worden verwacht (730).

Een objectieve indeling van al dan niet uit te sluiten personen uit de kring der verantwoordelijken in een testorganisatie of testinstituut is niet mogelijk. Gedetailleerde criteria zijn niet formuleerbaar. Wel dient de algemene regel te zijn dat niemand, die door enige belangenverbondenheid een motief voor de promotie van de waren van een of andere producent of handelaar heeft, in aanmerking kan komen. Dit criterium is zo te stellen dat het samenvalt met de kring der personen die, al dan niet handelaar zijnde of producent, bewust handelingen zouden stellen van aard om de

.../... engaged as principal in the manufacture, distribution and sale of goods or commodities or in the rendering of services to the public or shall be directly engaged as a servant or agent in promoting the sale or use of such goods or commodities or service." Hierin is door art.6, Wetsvoorstel tot instelling van een Nationaal Instituut voor de verbruikers slechts onrechtstreeks voorzien, doordat de leden zouden voorgedragen worden door een bestaande en in de Raad voor het verbruik vertegenwoordigde verbruikersvereniging.

(728) Zie LG Köln, 15 mei 1963, VPK, 1963, Sondernummer, 15 dat de aanwezigheid van het Zentralverband deutscher Konsumentenschaften in het AGV als niet neutraliteitsschadend beoordeelt. Zie kritiek op Vivec en m' le magazine de Madame om diezelfde reden: Le Matin, 24 maart 1971, blz. 4; Pan, nr. 1373, 21 april 1971, blz.2.

(729) BRENNECKE, o.c., blz. 80.

(730) Zie bijv. de samenstelling der verschillende raden van de Stiftung Warentest in W. Duitsland.

testorganisatie of het testinstituut bloot te stellen aan een veroordeling wegens oneerlijke mededinging.

Naar analogie met het recht der oneerlijke mededinging tussen handelaars of nijveraars, kan dit gezegd worden van de vereniging van producenten (731), van de trouwe klant van de bevoordeelde (732), van de wetenschappelijke onderzoeker die in vast dienstverband werkt voor de nijverheid (733).

Bij de nadere behandeling der personele onafhankelijkheid dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de testinstituten die de technische proeven doorvoeren en de testorganisaties die een systeem van warentests organisatorisch en financieel uitbouwen (734).

143. Het testinstituut dient niet aan alle strenge organisatorische principes te voldoen, waaraan de testorganisatie moet voldoen, wanneer het om een testinstituut gaat dat niet is ingebouwd in de organisatie, maar contractueel zich verbindt tot het doorvoeren van het onderzoek. Aldus is het feit dat de verenigings- of vennootschapsvorm door de gemakkelijke verhandelbaarheid der aandelen de mogelijkheid in zich draagt dat de controle over het testinstituut in handen zou komen van nijveraars of handelaars of hun groeperingen, niet bezwaarlijk zo lang deze controle niet werd verworven. De personele onafhankelijkheid van het testinstituut is echter even streng te beoordelen.

Vermits het testinstituut door de testorganisatie wordt gekozen, is dit laatste aansprakelijk voor zijn keuze, zodat, indien onvoldoende neutraliteit van het testinstituut het warenonderzoek zou vervalsen, dit aan de testorganisatie moet toegerekend worden. Zij immers publiceert het onderzoek en is aansprakelijk voor de bronnen waaruit zij de informatie voor haar onderzoek

(731) BGH, 14 juli 1961, BB, 1961, 990, Betonzusatzmittel; Vgl. Rb. Brussel, 27 mei 1968, J.T., 1968, 646, noot L.VAN BUNNEN, Rizla.

(732) BGH, 17 maart 1953, GRUR, 1953, 293, Fleischbezug.

(733) Niet ipso facto: BGH, 14 juli 1961, GRUR, 1962, 45, noot D. REIMER en NJW, 1961, 1916, noot VOLP, Betonzusatzmittel.

(734) MEINERS, o.c., blz.43.

puurt, dewelke zij dient te controleren (735). Bij bewuste tekortkoming aan hun neutraliteit zal het testinstituut de testorganisatie die zijn onderzoek gebruikte, dienen te vrijwaren voor de gevolgen der veroordeling (736). Maar deze laatste zal toch wijs handelen door nauwkeurig na te gaan of het testinstituut voldoende garanties biedt van neutraliteit, vooraleer zij het onderzoek toevertrouwt. Een nauwgezette controle zou dan moeten gebeuren naar dezes onafhankelijkheid van nijveraars en handelaars of van hun belangenverenigingen, welke door tegemoetkomingen zonder tegenprestatie of door het regelmatig uitvoeren van opdrachten kan ontstaan. Op de spits gedreven zou voor alle tewerkgestelden in het testinstituut een eventuele aanvullende beroepsbezigheid, hun familiale en vriendenrelaties en hun aandelenbezit moeten worden onderzocht. Zelfs zo personen in overheidsdienst bij de leiding van het testinstituut zouden zijn betrokken, zouden dezen door nationale economische belangen ertoe gedreven kunnen worden de nationale tegenover de buitenlandse produkten te verschonen doorheen het onderzoek.

(735) Vaste rechtspraak: voor het geven van financiële informatie door bankiers of inlichtingenagentschappen: Gent, 24 juli 1873, Pas., 1873, II, 343; Hasselt, 4 juni 1911, Pas., 1911, II, 376; Brussel, 2 maart 1935, J.C.B., 1935, 320; voor de informatie door kranten: Luik, 11 maart 1936, P.P., 1937, 174; Rb. Brussel, 21 febr. 1934, J.T., 1934, 236; voor historici: Rb. Brussel, 1 juli 1903, J.T., 1903, 935. Voor Frankrijk: Cour Paris, 1 maart 1924, D. Hebd., 1924, 337 geciteerd bij DUPLAT, o.c., blz. 295; Paris, 24 juni 1925, D. Hebd., 1925, 634 geciteerd bij DUPLAT, o.c., blz. 256-257; DALCQ, Traité, nr. 1269 met verwijzingen; SCHUERMANS, o.c., II blz. 42 e.v.. W. Duitsland: BGH, 20 mei 1969, GRUR, 1969, 555, noot MICHELLI, Cellulitis; BGH, 26 juni 1966, NJW, 1966, 2016, Teppichkehrmaschine; WENZEL, o.c., blz. 179-190. Nederland: AUBEL, Persoon en Pers, blz. 93; LANGEMEIJER, a.c., N.J.B., 1938, 461 (469); Rb. Amsterdam, 21 okt. 1929, N.J., 1930, 857; Rb. Amsterdam, 8 jan. 1932, N.J., 1933, 673. Beide besproken door VAN DER WOUDE, Zijn informatiebureaux nuttig of gevaarlijk?, N.J.B., 1966, 454 (455). Uitzondering wordt gemaakt zo het bericht van de overheid afkomstig is: Brussel, 10 mei 1889, B.K., 1889, 940; Kooph. Brussel, 9 april 1883, J.T., 1883, 348; Rb. Rotterdam, 24 dec. 1917, N.J., 1918, 891; Rb. Rotterdam, 20 juni 1927, N.J., 1928, 960; EMMERING, Onrechtmatige daad en Pers, N.J.B., 1938, 213 (219).

Kan dus elke persoonlijke vooringenomenheid niet worden achterhaald en verholpen, er zijn toch tegengewichten die een compenserende invloed uitoefenen. Er is allereerst het eergevoel en de faam van de individuele onderzoekers en hun bezorgdheid om de wetenschappelijke faam van het instituut waaraan zij verbonden zijn. Indirect betekent dit immers voor hen een factor van bestaanszekerheid. Verder kan de testorganisatie de voorzorg nemen de te onderzoeken exemplaren van hun merk te ontdoen of dit onkenbaar te maken en het te vervangen door een testnummer (737). Deze methode stuit op moeilijkheden zo de merknaam om een of andere reden niet kan verwijderd worden of zo de design of het voorkomen van het produkt zodanig is, dat het zelfs zonder merk nog wordt herkend (738). Verder kunnen zij voortgaan op de lijsten die de staat of één zijner ondergeschikte organen publiceert van laboratoria waarheen waren ter controle of onderzoek kunnen worden gezonden door de inspectiediensten (739).

(736) Vgl. Brussel, 16 febr. 1874, Pas., 1874, II, 98 en 100, Mutua Confidentia. Daarover: F. LAURENT, o.c., XX, nr. 481, blz. 513.

(737) BRENNECKE, o.c., blz. 85-86. LG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd, stelt in dit verband: "Es widerspricht anerkannten Testgrundsätzen, dass die Beklagte den am Test teilnehmenden Personen die Strumpfhosen in Originalpackungen übergeben hat. Eine Neutralisierung der Strumpfhosenpackungen wäre erforderlich gewesen, um die Gefahr einer bewussten oder unbewussten Bevorzugung bestimmten Marken, Insbesondere evtl. "Hausmarken" der Testpersonen zu vermeiden."

(738) BRENNECKE, o.c., blz. 85.

(739) In uitvoering van K.B. 23 okt. 1965 betreffende de inrichting en de werking van de laboratoria voor de ontleding van voedingswaren of -stoffen en andere produkten (Staatsbl., 4 dec. 1965) publiceert de Minister van Volksgezondheid elk jaar in de maand januari een lijst van erkende laboratoria. In Duitsland heeft de Deutsche Normen-Ausschuss een catalogus van 66 onafhankelijke testinstellingen die verbruiksgoederen testen. Zie: Catalogue of Laboratories in Germany, International Consumer, 1966, nr. 1, blz. 3.

De staat stelt aan directie, personeel en beheerders van zulke laboratoria in België slechts de eis dat zij noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks betrokken zijn bij een firma die zich bezig houdt met de fabricage van of de handel in de produkten waarvoor het laboratorium is erkend (740).

Wordt de onderzoeksplicht daardoor enigszins verzacht, zij vormt niettemin een opdracht, die niet terzijde wordt geschoven doordat, in het contract dat testinstituut en testorganisatie bindt, de neutraliteitsplicht kan worden ingeschreven en daaraan een vrijwaringsplicht of een strafbeding kan worden gekoppeld. Hoewel

(740) Art. 6, K.B., 23 okt. 1965, Staatsbl., 4 dec. 1965. Vgl. art. 2, K.B. 12 dec. 1955 tot regeling van de modaliteiten voor het concessioneren, door openbare besturen, van de openbare slachtdienst in een slachthuis dat aan een particulier of aan een vennootschap toebehoort (Staatsbl., 23 dec. 1955) : hij (de beambte voor toezicht op de instelling) mag geen financiële belangen in het bedrijf hebben en hij mag geen enkele, zelfs onbezoldigde prestatie voor rekening van de concessionaris leveren;... Zo ook: art. 2 K.B. 11 mei 1973 houdende vaststelling van de voorwaarden van erkenning van organisaties die voorzien in de medisch-farmaceutische voorlichting omtrent geneesmiddelen (Staatsbl., 25 sept. 1973).

In Duitsland geldt een verbod voor ambtenaren (in de ruimste zin) om handel te drijven: § 65, Abs. 1, nr. 2 Bundesbeamtengesetz, en is het aan hen verboden een mandaat in een handelsvennootschap te bekleden: § 37, Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Zie voor Nederland: art 59 (geheimhoudingsplicht) en art. 61 e.v. (verbod handel te drijven of een ambachtelijke bedrijvigheid uit te oefenen) Besluit 12 juni 1931 tot vaststelling van het Algemeen Ambtenarenstatuut.

Vgl. tenslotte: Projet de règlement en matière d'information radiophonique et télévisée, weergegeven in La Libre Belgique, 17 jan. 1975, blz. 1 en 3 en waarover Pan, 4 juni 1975, blz. 2: "Les journalistes, ainsi que tous les agents et collaborateurs de la R.T.B., veilleront à ne jamais se prêter à des entreprises publicitaires à l'occasion des émissions dont ils ont la charge, même si ces émissions se trouvaient à l'abri de tout reproche d'illégalité".

Verder art. 1, K.B. 28 okt. 1955 betreffende de bezoldigde werkzaamheden verricht door de laboratoria, de klinieken of andere soortgelijke diensten der Rijksuniversiteiten (Staatsbl., 16 maart 1956).

ook hier een hoge opvatting van haar taak moet leiden tot het stellen van strenge eisen aan de neutraliteitsbetrachting vanwege de testorganisatie, toch moet men zich ook hier laten leiden door het gezonde verstand: het volledige onderzoek doorvoeren zal vaak onmogelijk zijn en persoonlijke vooringenomenheid kan haast nooit worden achterhaald. De testorganisatie moet daarom een argument kunnen putten uit de wetenschappelijke standing en de betrouwbaarheid van bepaalde instituten en de door dezen tewerkgestelde personen. Indien het Bundesgerichtshof (742) voor een in de industrie werkzaam navorser het algemeen gelden van een vermoeden van belangenbevordering heeft verworpen, dan mag men dit a fortiori aanvaarden voor een instituut dat met de industrie en de handel weinig of geen aantoonbare relaties heeft, zoals bv. de universitaire instituten (743). Trouwens geven de meeste testorganisaties (744) zelf in hun publicaties het laboratorium aan dat de proeven doorvoerde, zodat de lezer een zekere mogelijkheid tot oordelen krijgt. Indien de testorganisatie echter zou weigeren de naam van het testinstituut bekend te maken, wanneer zij zich verdedigt in een geding, dan kan zij zich naar Belgisch recht niet beroepen op haar beroepsgeheim om haar informatiebronnen geheim te houden. Niet alleen ontbreekt elke wettelijke grondslag voor de erkenning van dit geheim, maar ook wordt er daarnaast niet een recht erkend op de informatiebronnen, dat door een beroepsgeheim zou dienen te worden beschermd (745). In Duitsland bestaat er het Redaktions-

(742) BGH, 14 juli 1961, GRUR, 1962, 45, noot D.REIMER, Betonzusatzmittel.

(743) Zie aldus: Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 668 (669), Mazobel.

(744) Anders in de U.S.A. waar men deze vermelding bewust achterwege laat om de onafhankelijkheid der testinstituten voor beïnvloeding door de producenten te beschermen: GUTH, o.c., blz. 71; BRENNECKE, o.c., blz. 84.

(745) Cass., 7 nov. 1855, Pas., 1855, I, 424; DAICQ, Traité, nr. 1281 bis.

(746) § 53, Abs.1, nr. 5 StPO. Daarover: LOFFLER, Presserecht,

geheimnis, het geheimhoudingsrecht der informatiebronnen en der personen die het nieuws garandeerden of mededeelden. Dit geldt in alle procedures en voor alle personen betrokken bij de samenstelling en de publicatie van een periodiek drukschrift. Het recht houdt in dat deze personen mogen weigeren daaromtrent te getuigen (746).

Ook in Nederland ontbreekt elke wettelijke waarborg voor een beroepsgeheim ten voordele van de joernalist of de reporter. Daar echter zal in uitzonderlijke gevallen een verschoningsgrond wegens overmacht kunnen toegekend worden aan de joernalist voor de geheimhouding van zijn bronnen (747).

In verband met het vergelijkend warenonderzoek kan echter één belangrijk argument ten voordele van het beroepsgeheim, nl. dat het een garantie is voor de persvrijheid, niet worden ingeroepen omdat de betrouwbaarheid van het onderzoek in de ogen van het publiek en van nijverheid en handel vergroot, naarmate meer gegevens ter beschikking worden gesteld die een persoonlijke oordeelsvorming vergemakkelijken. Een belangrijk gegeven is daarbij de mededeling welk laboratorium de technische proeven doorvoerde.

144. Het probleem der personele onafhankelijkheid op het niveau der testorganisatie of op het niveau van het testinstituut, indien dit in een testorganisatie is ingebouwd, ligt enigszins anders.

Hier ook dient de neutraliteit van alle personen die rechtstreeks betrokken zijn bij het onderzoek of de redactie van de publicatie, gewaarborgd te zijn. De regels zijn dezelfde als voor de personen die in testinstellingen werkzaam zijn, doch hier zal strengere controle wel mogelijk zijn en ook moeten doorgevoerd

(747) H.R., 14 dec. 1948, N.J., 1949, 95, noot B.V.A.R. en concl. LANGEMEIJER; Pres. Rb. Amsterdam, 26 jan. 1973, N.J., 1973, 346.

worden (748). Het gevaar voor beïnvloeding is hier ook groter: waar elders niet alle tests door eenzelfde instituut worden doorgevoerd, bestaat er op het niveau van de testorganisatie het gevaar dat voortdurend vervalsingen optreden, doordat de betrokken personen geen waarborg van onafhankelijkheid vermogen te bieden.

145. Er mag verder ook niet uit het oog verloren worden dat er in beide gevallen ook een rem bestaat door de persoonlijke aansprakelijkheid, als mandataris of uit onrechtmatige daad, tegenover de testorganisatie als tegenover de schadelijgende ondernemer. Hier is er geen verschil naargelang de vennootschaps- of verenigingsvorm (749).

Aan te stippen valt dat tegenover de vennootschap of de vereniging het opgetreden orgaan aansprakelijk is voor de fouten die het kon voorzien en niet heeft voorkomen (750): zo zal men een

(748) Zie § 5 der statuten van de Engelse Consumers' Association: "No person shall be eligible or become or be a member of the Council of the Association if in the opinion of the Council he shall be directly engaged as principal in the manufacture, distribution and sale of goods or commodities or in the rendering of services to the public or shall be directly engaged as a servant or agent in promoting the sale or use of such goods or commodities or service." Geciteerd naar BRENNECKE, o.c., blz. 78, voetnoot 1. Een gelijkaardige bepaling werd opgenomen in art. 8, Décret n°64-739 van 22 juli 1964 portant statut des journalistes de l'office de radiodiffusion-télévision française, Journal Officiel, 23 juli 1964.

(749) Behoudens de afwijking van art. 1994 B.W. door art. 13, W. 27 juni 1921 voor de VZW: de mandataris blijft er steeds handelen onder de verantwoordelijkheid der beheerders: LINDEMANS, A.P.R. Tw. Vereniging zonder winsttoormerk, nr. 531-532. Tegenover de vereniging of vennootschap hebben beheerders een plicht van trouw (vgl. art. 1596 B.W.): DE PAGE, Traité, V, nr. 411, blz. 406; DEKKERS, Handboek, II, nr. 1278; Kooph. Kortrijk, 22 april 1965, Rev. Prat. Soc., 1965, 103.

(750) Art. 1382 B.W. Cass., 3 okt. 1955, Pas., 1956-I-79. Duitsland: § 831 BGB. Zie: VON PALANDT, o.c., § 831, nr. 2; ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, § 241, blz. 979 e.v. Nederland: art. 1403, lid 3: HOFFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 200; ASSER-RUTTEN, o.c., blz. 580; BRUNNER J.H., in DRION H., Onrechtmatige Daad, IV, nr. 185.

ondergeschikte, wiens vooringenomenheid men kent, niet met het onderzoek mogen belasten.

146. In de gekozen organisatievorm van het testinstituut en de testorganisatie kan een bedreiging verscholen zitten voor de neutraliteit waarmee het onderzoek dient te worden doorgevoerd. Niet iedereen kan vergelijkend warenonderzoek doorvoeren; daarbij komt dat de wijze van organisatie en zelfs de juridische vorm gekozen voor de rechtspersoon, gevaren kunnen impliceren voor de neutraliteit. Financiële en personele afhankelijkheid kan hierdoor in de hand worden gewerkt. Omwille van het feit dat een haast volledig onderzoek van het verenigings- en vennootschapsrecht in de drie landen zich zou opdringen ter beschrijving van alle mogelijkheden, worden zij hier niet onderzocht. Ook beïnvloeden zij slechts mogelijk de neutraliteit en dient dit telkens te worden bewezen. In het algemeen werd op de te beachten criteria hierboven (751) gewezen.

§ 3. De vereiste van objectiviteit.

147. Na het probleem der neutraliteit, een vereiste, die moet worden gesteld aan de testorganisaties en testinstituten en niet rechtstreeks aan het testproces zelf (752), dient het probleem der objectiviteit in enge zin (753) te worden onderzocht.

(751) Zie supra, nr. 16.

(752) Het ontbreken van neutraliteit kan de objectiviteit onmogelijk maken doordat de noodzakelijke zorgvuldigheid niet kan worden besteed aan de testverrichtingen door vooringenomenheid jegens één of andere producent.

(753) In brede zin omvat het probleem der objectiviteit immers zowel de zakelijkheid, de objectiviteit in enge zin als de neutraliteit. Enigszins anders: MEINERS, o.c., blz. 82.

Deze objectiviteit kan niet in een omvattende definitie worden gevat, doch enkel opgebouwd vanuit de elementen die zij in concreto kan omvatten. Objectiviteit betreft de feitelijke juistheid der opgespoorde gegevens, die voor latere mededeling zullen worden gebruikt (754). Opdat deze zou kunnen worden bereikt, moet het testobject overeenstemmen met het op de markt aanwezige object en moet een representatief aantal van deze objecten worden onderzocht zodat een algemene uitspraak over het geteste type mogelijk wordt voor elk merkartikel of elke dienst. Dan rijst ook het probleem der vakkundigheid waarmee de tests worden doorgevoerd, waarin alle wezenlijke aspecten der gebruikswaarde dienen tot uitdrukking te worden gebracht, wat vereist dat de organisatorisch-technische problemen, onder meer de vastlegging der te onderzoeken kenmerken en der te gebruiken methodes, een afdoende oplossing zou hebben gekregen. Omdat er een groot gewicht dient aan toegekend te worden, zal ook het probleem der prijswaardigheid, namelijk de verhouding gevraagde prijs tegenover de kwaliteit van de onderzochte produkten moeten behandeld worden. Een bijkomend probleem is tenslotte dat sommige goederen uit hun aard zelf niet kunnen worden getest, en andere, voor wie dit wel mogelijk is, niettemin moeten worden uitgesloten.

148. Het algemeen plan van het door te voeren onderzoek.

Uit de praktijk van de verschillende testorganisaties blijkt dat vóór het eigenlijke onderzoek aanvangt, een algemeen onderzoeksplan wordt opgesteld. Dit veronderstelt dat reeds zeer veel informatie werd verzameld en verwerkt. Geresumeerd kan die activiteit die het plannen is, worden omschreven zoals ze in de prak-

(754) BERICHT des Bundeskartellamts für das Jahr 1964, Bundesdrucksache, IV/3752, blz. 11.

tijk van de Engelse Consumers' Association gebeurt (755)

Allereerst moet vaststaan wat de consument wenst te weten over het produkt, wat kan gebleken zijn uit een omvraag bij de leden. Studies van andere consumentenorganisaties worden geraadpleegd en eventueel worden inlichtingen genomen. De nationale en internationale normen over het betrokken produkt worden opgezocht en verzameld. Dan reeds wordt er contact opgenomen met een laboratorium om later de test door te voeren en worden zekere praktische en conceptuele aspecten van het project besproken. Een eerste research-document ontstaat dan waarin de visie, methodes en de te onderzoeken merken worden omschreven en waarover men advies kan inwinnen van onafhankelijke consultants, consumenten en leden van de eigen staff die aan de besprekingen niet deelnamen. Tijdens het eigenlijke onderzoek kunnen dan nog besprekingen over wijzigingen of aanvullende maatregelen worden gevoerd (756).

Gezien het belang van deze planning die bepalend is voor gans de visie op en de concrete uitwerking van het onderzoek, heeft de testorganisatie hier een grote verantwoordelijkheid. Fouten in het opgestelde plan zullen haast steeds aanleiding geven tot fouten in het onderzoek, en verschillende planning is de eerste oorzaak van verschillen in de uiteindelijke publicaties van de verschillende testorganisaties betreffende eenzelfde onderwerp.

149. Hier rijst dan ook het probleem van de ademruimte die de verschillende testorganisaties opeisen en waaraan nog slechts zeer

(755) Zie: MITCHELL J., Choosing and handling a laboratory, IOCU-Bulletin, 1962, nr. 21, 11 (15).

(756) Dat zulke wijzigingen optreden blijkt duidelijk uit LG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd, waar hierop een beroep wordt gedaan.

weinig aandacht is geschonken (757). De ademruimte is de methodische speelruimte die aan de testorganisatie wordt gelaten voor het doorvoeren van het onderzoek. Het is de marge, de omheining waarbinnen de testorganisatie en het testinstituut hun aansprakelijkheid niet of slechts uitzonderlijk zullen zien in het gedrang komen en die, daar ze methodevragen betreft, moeilijk te omlijnen is naar haar inhoud. Zij kan rechtstreeks de juistheid of de onjuistheid van de bekomen resultaten beïnvloeden en van de conclusies die daaruit noodzakelijk dienen te worden getrokken, omdat het vaststellen der onderzoeksmethodes, de regels van de staalneming, het probleem der volledigheid in beide betekenissen (758) en ook de voorstellingswijze van de bekomen resultaten binnen deze ademruimte vallen (759).

Hoewel de ademruimte op al deze terreinen geldt en de vereisten beïnvloedt die aan deze modaliteiten van het warenonderzoek zullen worden gesteld, toch mag men de verschillende te stellen voorwaarden niet onderling afhankelijk maken, in de zin dat de strenge observantie van al de voorwaarden gesteld aan de voorwaarden van het ene vereiste, tekortkomingen aan de voorwaarden van een ander vereiste zou vermogen te verschonen. Dit houdt een miskenning in van de zelfstandigheid der verschillende modaliteiten en leidt tot verwarring ertussen, terwijl elke modaliteit en haar vereisten best gescheiden wordt wordt beschouwd. Feitelijk echter kan de strenge observantie van de voorwaarden van het ene

(757) Zie: NAHME, Kritik der Kritik am Warentest, NJW, 1965, 1848 en Pressefreiheit und Wettbewerb, GRUR, 1964, 484; ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 21. Kritiek: SCHOLZ, Schranken der Pressefreiheit und Warentest, MA, 1965, 376 (383-384); OIG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1808).

(758) Daarover infra.

(759) Vgl. ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 21. Aldus behoort het tot de ademruimte van de testorganisatie vast te stellen dat twee produkten onder verschillend merk aangeboden, al dan niet als gelijk in constructie moeten worden aangemerkt, ondanks zekere geringe verschillen: LG Frankfurt, 13 sept. 1971, Az, 3/6 O 184/71.

vereiste een argument vormen in een proces bij de beoordeling van een ander vereiste, doordat dit de rechter vermag te beïnvloeden en sommige handelwijzen op meerdere modaliteiten een invloed uitoefenen.

De grondslag van de ademruimte is gelegen in de vrijheid van handelen van de testorganisatie, die men kan omschrijven als een uiting van de persvrijheid en van de vrijheid van meningsuiting, als een vorm van de vrijheid kritiek uit te oefenen op de commerciële prestaties van de verschillende ondernemers in een bepaalde sector. Daar dit recht bij normale uitoefening door de testorganisatie, hoger te waarderen valt dan het recht van de ondernemer op de vrije en ongestoorde uitoefening van zijn economische activiteit, kan men de speelruimte bepalen als het geheel van mogelijke handelwijzen van de testorganisatie die haar moeten gegarandeerd worden om haar taak van voorlichting naar behoren te kunnen vervullen. Daarbij moet men er rekening mee houden dat er een zekere mate aan creativiteit ligt in de gemaakte keuze van behartiging van algemeen nuttige doelstellingen en van de wijze van behartiging ervan, welke omwille van haar bepaaldheid door de persoonlijkheid van de individuen werkzaam voor de testorganisatie en door de eigen aard der testorganisatie, geen belemmeringen duldt. M.a.w. men moet erkennen dat elke testorganisatie moet kunnen, volgens een door haar te bepalen methode, vrij haar doelstellingen in concrete actie omzetten en zich aldus een reputatie in de behartiging van het algemeen belang opbouwen. Daartoe heeft zij behoefte aan een zekere ademruimte waarin haar aansprakelijkheid normaal niet in het gedrang komt. Absoluut geldt deze ademruimte niet: gezien het feit dat haar werkzaamheden steeds voor meerdere ondernemers schadelijk zijn en voor anderen voordelig, dient een discretionnaire bevoegdheid uitgesloten te worden. Handelingen die normaal binnen de ademruimte vallen worden daarom wel vermoed tot bewijs van het

tegendeel, binnen de ademruimte te vallen, doch zo misbruik aantoonbaar is zal de aansprakelijkheid van de testorganisatie in het gedrang komen. Misbruik is er zo het resultaat der testwerkzaamheden en de publicatie geen objectieve beoordeling toelaten van de onderzochte waren: dit wordt vereist door de belangen van het publiek dat op de tests moet kunnen vertrouwen en door de belangen der aangegrepen ondernemers (760).

Men zou daarnaast kunnen inroepen dat op de grondwettelijk gegarandeerde immuniteit van het wetenschappelijk onderzoek kan worden gesteund: dit gaat immers aan een vergelijkend warenonderzoek vooraf en is er wezenlijk voor. Deze immuniteit wordt nochtans meestal aan het vergelijkend warenonderzoek ontzegd, doordat het zich niet beweegt op het vlak van een algemeen theoretisch onderzoek met het oog op de vooruitgang der wetenschap, maar primordiaal de verdediging van de materiële belangen van een bepaalde groep van personen op het oog heeft (761). Dit volgt uit de doelstellingen en de wijze van de publicatie van vergelijkende tests. Het onderzoek door het testinstituut wordt daardoor beïnvloed : voor diegenen die er werkzaam zijn geldt het als een plicht ermede rekening te houden dat de resultaten van hun onderzoek zullen worden gepubliceerd met het doel invloed uit te oefenen op de markt en daarlangs op de productie. Daarom kan het onderzoek dat aan de publicatie vooraf gaat, niet totaal immuun zijn.

(760) Vgl. LG Frankfurt, 13 sept. 1971, Az 3/6 O 184/74; OLG Frankfurt-Main, 24 jan. 1974, WRP, 1974, 212 (214); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 350 bij § 1 UWG.

(761) Brussel, 14 juni 1966, J.T., 1966, 635; Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 559 (559); OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1808); OLG Frankfurt, 24 jan. 1974, WRP, 1974, 212 (214).

De ademruimte bestaat dus in het feit dat een ruime vrijheid wordt gelaten aan de testorganisatie in de keuze van de methodes waarmee zij zal trachten de ideale warentest als theoretisch model te benaderen. De rechter oordeelt daarbij slechts over het resultaat van deze poging en zo hij dit onvoldoende acht, gezien de verwachtingen van het publiek en de belangen der betrokken ondernemers, zal hij de testorganisatie daarvoor kunnen aansprakelijk stellen en meteen ook de gebruikte methodes veroordelen (762).

Gaat men na hoe de rechters in feite conflicten inzake warentests beoordelen, dan zijn enkele vaststellingen opvallend. De rechtbanken staan zeer duidelijk weigerachtig tegenover een stellingname in wetenschappelijke controverses, welke kunnen rijzen bij de beoordeling van de objectiviteit van het onderzoek (763).

Slechts bij duidelijke onredelijkheid of vaststaande beroepsfouten wensen zij daarover uitspraak te doen (764). Onder voorbehoud van dit laatste, zullen problemen als het vaststellen der onder-

(762) Rb. 's Gravenhage, 23 febr. 1970, eindvonnis The Indiana; Vgl. H. R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, noot G.J.S., Snelkookpannendemonstratie en Pres. Rb. 's Gravenhage, 15 aug. 1968, Cambridge Haarinstituut.

Vgl. OLG Frankfurt-Main, 24 jan. 1974, WRP, 1974, 212 (214): "... aus einer den "Ermessensspielraum" überschreitenden offenbar fehlerhaften Bewertung ergibt sich ein Indiz für die Unsachlichkeit der Beurteilung nach Methode oder Motivation und damit zugleich ein Indiz für die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb."; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 350 bij § 1 UWG.

(763) Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (155); Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 155; Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 668 (669). Corr. Leuven, 16 nov. 1972, R.W., 1973-74, 1106; noot sub Kooph. Luik, 10 nov. 1903, D.P., 1904, II, 227; BGH, 26 juni 1966, NJW, 1966, 2010, Teppichkehrmaschine; Rb. 's Gravenhage, 30 sept. 1968, N.J., 1969, 443, The Indiana; Rb. 's Gravenhage, 23 febr. 1970, eindvonnis The Indiana. Anders: OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1807).

(764) Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962, Lexington. Zie ook voor de aansprakelijkheid van een historicus: Brussel, 29 mei 1968,

.../...

zoeksmethodes, de regels der staalneming, der volledigheid en de gekozen voorstellingswijze der resultaten grotendeels aan een onderzoek volgens vaste criteria ontsnappen. Zij zullen dus in sterke mate afhangen van de appreciatie en de voorstelling daaromtrent vanwege de verbruikersorganisaties (765). De rechter beperkt zich dus aanvankelijk tot een marginale toetsing, in die zin dat hij uitgaat van het vervuld zijn der gestelde vereisten en deze pas gaat beoordelen naar aanleiding van het feit dat hem als bewezen voorkomt dat de bekomen resultaten abnormaal zijn. Dan pas zal hij de logica in de handelwijze van testinstituut en testorganisatie nagaan wat betreft de vaststelling der gestelde criteria, waarna hij controleert of alle criteria op dezelfde wijze op alle produkten werden toegepast. Is het gestelde criterium onlogisch, ontoepasbaar of nutteloos, dan kan de aansprakelijkheid van de testorganisatie in het gedrang komen, omdat zij dan buiten de grenzen der ademruimte treedt en voldoende objectiviteit van meet af aan onmogelijk maakt (766). Zo zou het on-

.../... Pas., 1968, II, 238; Cass. Fr., 22 febr. 1951, D., 1951, 329, noot DESBOIS en CARBONNIER, Le Silence et la gloire; Rb. Utrecht, 1 juni 1927, WPNR, 2999, waarop kritiek bij KAKEBEEKE-VAN DER PUT, o.c., blz. 14; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VIII, nr. 201 i.v.m. banken en informatiebureaus.

(765) Vgl. voor de rechten van een historicus: Rb. Brussel, 20 april 1932, Pas., 1932, III, 122; Rb. Brussel, 29 april 1952, Pas., 1952, III, 121; Tr. Gr. Inst. Paris, 14 okt. 1970, Gaz. Palais, 13 maart 1971 met noot, le viol de Sarah; Rh. Utrecht, 1 juni 1927, N.J., 1928, 115 en WPNR, 2999.

(766) Zo kan ook een tekortkoming aan de neutraliteitsplicht blijken. LG München, 16 maart 1971, Strumpfhosen, ziet dit aldus: "Es ist dem Tester auch bei Anlage und Durchführung des vergleichenden Warentests ein angemessener Spielraum einzuräumen. Der Beurteilungsspielraum ist jedoch überschritten, wenn entweder das Testprogramm, die Durchführung des Programmes oder der angewandte Beurteilungsmassstab eine sachgerechte Beurteilung nicht erlaubt (vgl. OLG Düsseldorf, Betriebsberater 1965 S. 685)." Pres. 's Gravenhage, 15 aug. 1968, Cambridge Haarinstituut. Contra: NAHME, a.c., GRUR, 1964, 484 (485).

logisch zijn bij een onderzoek van schoenen een grotere stevigheid van het bovenleder dan van de basiszool te eisen, omdat de stevigheid van deze laatste bepalend is voor de gebruiksduur van de schoenen (767). De testorganisatie dient dus streng te zijn, aangezien de rechter vanuit de concreet bekomen resultaten in het onderzoek vaak ook de omvang van de ademruimte zal bepalen, door ex post, na een onderzoek der bekomen gegevens, een oordeel te vellen over de aangepastheid van de gebruikte methodes.

150. Opdat het vergelijkend warenonderzoek een waardevolle hulp zou kunnen bieden aan de consument, dient het zeker te zijn dat het geteste produkt ook werkelijk overeenstemt met het produkt dat op de markt voor de kopende consument ter beschikking staat. Deze evidentie vereist allereerst dat het onderzochte produkt ook werkelijk te krijgen is. Zo zou het verboden zijn een nog niet op de markt verkrijgbaar produkt mede in het onderzoek te betrekken. Dit naar analogie met het kunstwerk, over wiens openbaarmaking de kunstenaar vrij beslist. Daarvóór komt het niet in aanmerking voor kritiek (768). Hetzelfde moet hier aangenomen worden, aangezien het niet aanvaardbaar is dat kritiek toegelaten is op iets dat (nog) niet openbaar is. Dat dit echter niet gauw het geval zal kunnen zijn, spreekt voor zichzelf. Vermits het produkt nog niet in de handel kwam, kan de testorganisatie het slechts onderzoeken zo de producent zijn medewerking verleende: in dat geval is hij daardoor natuurlijk beveiligd. Naast deze extreme mogelijkheid zijn echter twee gevallen vrij courant: na-

(767) Voorbeeld ontleend aan HESBERG, a.o., Wirtschaftspolitische Chronik, Heft 3, (1957), 39 (41-42). (6) ULMER in ULMER et alii, o.c., blz. 21-22.

(768) DUPLAT, o.c., blz. 324; DALCQ, Traité, nr. 1272 die verwijst naar Trib. Seine, 9 mei 1890, Revue des grands procès, 1903, 322; ULMER, Urheberrecht, blz. 154; PFEFFER, Kort Commentaar op de auteurswet 1912, blz. 44-45.

melijk zo de test in samenwerking gebeurde en de resultaten van een produkt worden gepubliceerd dat op de nationale markt niet verkrijgbaar is ofwel zo de proeven en de voorbereiding van het onderzoek samen zo lang duurden dat het onderzochte type niet meer wordt gefabriceerd. In het eerste geval is er natuurlijk geen bezwaar tegen het toch publiceren van de resultaten van een buitenlands verkrijgbaar produkt omdat, wanneer deze gunstig zijn, het ter vergelijking nuttig en verhelderend kan zijn, en, zo het een buurland betreft, consumenten het mogelijk toch zonder veel moeite daar kunnen gaan kopen. Indien de resultaten ongunstig zijn is echter meer waakzaamheid geboden, indien er geen aanwijzingen zijn dat consumenten het over de grens gaan kopen omdat zij menen dat het goed is en toch in het eigen land niet verkrijgbaar, of indien men niet over zekere aanwijzingen beschikt dat het produkt kortelings op de nationale markt zal worden in de handel gebracht. Bij zo een produkt zijn de aangesproken consumenten eigenlijk niet betrokken. Indien het onderzochte type niet meer wordt gefabriceerd en eventueel door een ander werd vervangen, dan is de publicatie toch nog nuttig zo het type toch nog op de markt verkrijgbaar is, en is dit laatste niet meer het geval dan dient het onderzoek nog steeds die verbruikers die wegens een vroegere aankoop het onderzochte type in hun bezit hebben (769). De actualiteit van de test is dan echter zeer beperkt. Foutief is het, zo dit mogelijk is, er niet op te wijzen dat een produkt door een ander was vervangen op het ogenblik van de publicatie (770).

(769) De publicatie geeft meestal aan dat een product slechts in het buitenland verkrijgbaar is (zie bv. Opgeruimd staat netjes, Test Aankoop, 1969, nr. 85, blz. 148 (157)), of niet meer wordt gefabriceerd (zie bv. VIVEC, nr. 64, 1970, 16). Volgens GRASSMANN, o.c., blz. 62 mag slechts een model dat op het ogenblik van de publicatie verkrijgbaar is, worden onderzocht.

(770) LG Frankfurt, 13 sept. 1971, Az. 3/6 O 184/71.

Daarnaast moet voor elk type van elk warenmerk het geteste proefmonster precies overeenstemmen met de produkten die op de markt verkrijgbaar zijn. Voor de gelegenheid door producent of verdeler "opgepepte" produkten zijn onbruikbaar. Hierin ligt een reden om het onderzoeken op bestelling weigerachtig tegemoet te treden (771).

Dit bekrachtigt ook de praktijk der testorganisaties die ongevraagd door de producent toegezonden waren terugzenden, en hun proefmonsters in de detailhandel aankopen, waarbij zowel bij de kleine winkelier als in de discountzaak, de super- of de hypermarkt wordt aangekocht. Alle testorganisaties die deze praktijk huldigen vermelden dit feit (772).

In de praktijk der rechtbanken heeft de rechter zich echter eenmaal dienen uit te spreken in hoeverre het rechtmatig is voor een testorganisatie de resultaten van een exemplaar, waarvan zij vermoedt dat het door de producent wat werd bijgewerkt, niet te vermelden, doch dat van een "normaler" exemplaar wel. Dat dit mogelijk was kwam door het dat de producent deze goederen (i.c. tenten) slechts via zijn postorderbedrijf verkocht. Omdat de testorganisatie daardoor enigszins de producent in de mogelijkheid had gesteld te vermoeden dat de tent voor een vergelijkend warenonderzoek zou dienen, werd naderhand een tweede exemplaar door bemiddeling van een consument gekocht. Daar deze tweede tent onder een belangrijk kenmerk (namelijk de kwaliteit van het doek) inferieur bleek aan de eerste, werden dan ook slechts de resultaten van de proeven met de tweede tent gepubliceerd. De rechter

(771) Waarover supra. Aldus ook: WENZEL, o.c., blz. 201.

(772) Deze vermelding kan, zo ze onjuist is, de aansprakelijkheid van de testorganisatie mede in het gedrang brengen: LG Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (177).

achtte dit terecht gebeurd (773).

Waar het echter gaat om door de producent toegezonden waren, is hieraan een groot voordeel verbonden voor de verbruikersvereniging in België. Dit toezenden houdt immers een vertrouwenshandeling in vanwege de producent, zodat deze zijn verhaal tegenover de consumentenorganisatie aanzienlijk inperkt. De rechtspraak en de rechtsleer stellen immers dat, behoudens zware vergissingen of tendentieuze kritiek, diegene die een exemplaar van zijn werk ter beoordeling naar de criticus zendt, geen recht van antwoord meer kan uitoefenen (774). Deze regel uit het domein der letteren en der kunsten kan zonder bezwaar ook volledig toepassing vinden voor de publicaties van testorganisaties: er is immers geen essentieel verschil. Het toezenden verplicht echter niet tot testen en in dit geval hoeft ook de testorganisatie de toegezonden exemplaren niet terug te sturen: art. 51 WHP biedt hier een argument a fortiori.

In Duitsland is het recht op antwoord zo algemeen omschreven dat het al dan niet toezenden van een exemplaar van de te publiceren tekst er irrelevant voor het al dan niet bestaan van het recht op een wederwoord wordt geacht (775). In Nederland is deze toezending als een relevante omstandigheid te beschouwen, waarmee de rechter zal rekening houden bij het al dan niet toestaan van een recht op rectificatie (776).

(773) Rb. 's Gravenhage, 23 febr. 1970, niet gepubliceerd, eindvonnis The Indiana.

(774) Cass., 17 juni 1887, Pas., 1887, I, 313, Chrestomatie française, met de beslissingen a quo en het Advies van Procureur-Generaal MESDACH DE TER KIELE; RPDB, Liberté de la presse et droit de réponse, nr. 100 e.v.. Kritisch daarover: PLATEL, o.c., nr. 35 met verwijzingen; J.FREDERICQ, a.c., J.T., 1958, 1 (3).

(775) Hoewel het recht op antwoord het bestaan van een rechtmatig belang in hoofde van de "Entgegner" vereist, toch neemt men over het algemeen aan dat zulk belang slechts dan niet voorhanden is zo de onbeduidendheid van het antwoord in verhouding tot de initiale bewering duidelijk blijkt: LOFFLER, Presserecht, nr. 26 e.v. bij § 11 RPG; WENZEL, o.c., blz. 249.

(776) Pres.Rb. Almelo, 28 nov. 1945, N.J., 1946, 70; Pres. Rb.

.../...

En zelfs Konsumenten Kontakt, dat de te testen produkten door de producenten liet financieren, gebruikte voor zijn aankopen waardebons door de producenten verstrekt, die dan werden gebruikt door de aankopers van Konsumenten Kontakt in de aankooppunten van eigen keuze (777).

151. Tegen de anonieme aankoop, zomin als tegen het feit dat wordt aangekocht met het doel de aangekochte produkten te testen, kunnen de verkoper, noch de producent zich verzetten. Eens de verkoop voltooid, is het evident dat de verkoper noch de producent zich kunnen verzetten tegen het gebruik, buiten het handelsverkeer, dat wordt gemaakt van hun produkten. Het zou minstens gewaagd zijn daartoe te besluiten, zelfs zo uitdrukkelijk voorbehoud werd gemaakt, vanuit een analogie met het bestemmingsrecht van de auteur. Beide situaties zijn immers volledig anders, niet in het minst omdat handelswaar een utilitair, kunstwerken ideële doeleinden dienen. Van een bestemmingsrecht ten voordele van de producent kan daarom ook geen sprake zijn, om dat men in zijnen hoofde onmogelijk een moreel recht kan aannemen, analoog aan de morele rechten van de auteur. Dat er een probleem, gelijkaardig aan morele auteursrechten, kan rijzen in verband met het merkenrecht, namelijk zo de merkhouders of diegene die een merklicentie heeft door een beroep op het recht op het merk verdere verhandeling van merkartikelen, die kwalitatief minderwaardig zijn geworden in de loop van de distributie ervan, wil tegenhouden, doet hierbij niets ter zake (778): immers hier is verdere verhandeling die men wil voorkomen, de reden van het optreden.

.../... 's Gravenhage, 15 aug. 1968, Cambridge Haarinstituut.
Vgl. Rb. 's Gravenhage, 19 dec. 1974, N.J., 1975, 500
(777) BRENNHECKE, o.c., blz. 149.

(778) Daarover: BALLON, a.c., TPR, 1971, 351 (365) met verwijzingen.

die men wil voorkomen, de reden van het optreden.

Daarbuiten komen twee hypothesen in aanmerking: de verkoper weigert zijn aanbod gestand te doen tegen een bepaald persoon, waarvan hij weet dat dezes aankoop voor testdoeleinden is bestemd, of hij weigert te verkopen aan testkopers als categorie. In beide gevallen gaat er geen levering door en geen verkoop, hoewel de testkoper bereid is de prijs te betalen die wordt gevraagd. De vraag geldt dan de rechtmatigheid van de weigering. Als regel stelt men dat de weigering rechtmatig of onrechtmatig is al naargelang het ingeroepen motief, zo het een individueel persoon betreft (779), de weigering aan een bepaalde groep van vragers te leveren is onrechtmatig zo ze zou uitlopen op een georganiseerde boycott met de bedoeling bepaalde werkzaamheden - in casu het testen - onmogelijk te maken (780).

De weigering aan testkopers te verkopen is onrechtmatig. Immers een handelaar of producent kan zich niet verzetten tegen het testen van zijn koopwaar (781) en hij kan ook niet eisen dat de kopers van een bepaalde waar hem mededelen wat ze ermee gaan doen: zelfs al bemoeilijkt de anonieme aankoop voor een warentest het bewijs van diens onjuistheid, dan nog is dit onvoldoende om de anonieme aankoop van de waren te veroordelen (782). Deze mededeling

(779) VAN HECKE G., Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten, Liber Amicorum Louis Frédéricq, II, 999 (1001) en de aldaar geciteerde rechtspraak. Adde: RG, 7 nov. 1931, RGZ, 133, 388; Rb. Amsterdam, 29 aug. 1972, N.J., 1972, 352; Pres. Rb. Dordrecht, 3 febr. 1965, N.J., 1966, 63.

(780) VAN HECKE G., o.c., l.c., 999 (1006-1007); NIPPERDEY, Boycott und freie Meinungsäusserung, Deutsches Verwaltungsblatt, 1958, 445 e.v.

(781) Aldus principieel ten voordele van een testorganisatie: BGH, 18 okt. 1966, GRUR, 1967, 113 (114), Leberwurst. Vgl. BGH, 18 mei 1966, GRUR, 1966, 564, noot DIETZE, Hausverbot.

(782) OLG Nürnberg, 27 nov. 1964, BB, 1964, 1448, Leberwurst. Dit punt werd door de Revision niet aangeroerd.

van het doel van de aankoop zou de verkoper steeds toelaten te weigeren, of wanneer rechtstreeks bij de producent dient te worden gekocht, zou deze steeds een "verbeterd" exemplaar ter onderzoek kunnen zenden, zodat de werking van de verbruikersorganisatie, bij veralgemening van deze praktijk, onmogelijk zou worden gemaakt, terwijl echter het nut der tests voor de voorlichting van de verbruiker en het nog louter hypothetisch karakter der mogelijke schade op het ogenblik van de aankoop de weigering van verkoop in de weg staan (783).

De tweede hypothese bestaat erin, dat de verkoper, na de aankoop, verneemt dat de aankoop voor testdoeleinden geschiedde, met misachting van een duidelijk aangebracht verbod voor testkopen in zijn handelsinrichting, tegen de testkoper klacht indient wegens woonstschennis. Zulke waarschuwborden werden in Duitsland vooral gebruikt om controlekopen, gedaan door vertegenwoordigers van prijsbindende producenten, tegen te gaan. Zij zijn echter ondoeltreffend en kunnen geen aanleiding geven tot een strafvervolgning wegens woonstschennis (784); immers naar waarheid is het de handelaar niet om de bescherming van zijn huiselijke rust te doen, want deze wordt door de testkoper niet gestoord (785), het is hem alleen te doen om de controle over de produkten of het prijsbeleid tegen te werken of onmogelijk te maken. Door zulk

(783) Vgl. HELLE, noot onder IG Frankfurt, 17 dec. 1962, NJW, 1963, 1022.

(784) BGH, 18 mei 1966, GRUR, 1966, 564, noot DIETZE, Hausverbot; IG Frankfurt, 17 dec. 1962, NJW, 1963, 1022, noot HELLE; Hausverbot für Testkäufer. Ein Bericht über die neueste Rechtsprechung, MA, 1965, 27. Contra: OSSENBRUGGE R., Hausfriedenbruch durch Testkäufer, BB, 1964, 1154 (1155) die de inbreuk laat afhangen van het al dan niet herkend en aangemaand worden de verkoopsruimte te verlaten. OLG Hamm, 30 april 1963, BB, 1963, 790 (791).

(785) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 983, blz. 729.

algemeen verbod scheppen zij voorwaarden die met woonstschennis niets te maken hebben, want het is de handelaar normaal indifferent waarom en waartoe iemand bij hem koopt en of hij daarover naar waarheid vertelt (786).

In België bestaat er geen algemeen verbod van woonstschennis, vergelijkbaar met § 123 StGB, doch zijn bijkomende vereisten gesteld (787). Het stellen van een ruimer verbod heeft men overgelaten aan de gemeentelijke overheden (788). Men kan trouwens ook argumenteren dat een winkel een openbare plaats is gedurende de openingsuren en dat de aankoop een rechtmatig doel nastreeft.

In Nederland eist art. 138 Sw. wederrechtelijkheid (789). Daaronder kan soms het binnendringen tegen de wil van de eigenaar vallen (790). Vereist is dat deze wil van de eigenaar duidelijk kenbaar is gemaakt (791), terwijl men slechts van woning, waarin wordt binnengedrongen spreekt, zo deze een privacy-karakter heeft, niet openstaat voor het publiek (792).

(786) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 380 bij § 1 UWG; Hausverbot für Testkäufer, MA, 1965, 27 (28); Vgl. OLG Nürnberg, 27 nov. 1964, BB, 1964, 1448, Leberwurst.

(787) Art. 149 e.v.; 442 en 439 Sw. Art. 10 G.W. biedt m.i. geen steun voor deze opvatting daar dit artikel geen Drittwirkung heeft.

(788) NYPELS-SERVAIS, Le Code Pénal belge interprété, III, blz. 171, nr. 10 en het aldaar aangehaalde citaat uit het rapport van de Senaatscommissie van Justitie.

(789) TAK, Het huisrecht blz. 33 verklaart deze term als : "zonder recht, zonder daartoe gerechtigd te zijn".

(790) H.R., 3 nov. 1890, W., 5963: terug binnendringen in een herberg nadat men er was buitengezet; H.R., 16 dec. 1969, N.J., 1971, 96, noot BRONKHORST, bezetting Mexicaans Consulaat; H.R., 12 mei 1970, N.J., 1971, 97, noot BRONKHORST, bezetting Maagdenhuis; H.R., 16 nov. 1971, N.J., 1972, 43, bezetting Concertgebouw; H.R., 23 nov. 1971, N.J., 1972, 76, bezetting Mexicaanse ambassade; H.R., 4 jan. 1972, N.J., 1972, 121, betreffende het kraken van een privé-woning.

(791) TAK, o.c., blz. 39 met verwijzingen.

(792) TAK, o.c., blz. 15; LANGEMEIJER, Straf voor krakers ?, N.J.B., 1973, 597 e.v.

Op te merken valt tenslotte nog dat waarschuwborden aan testkopers gericht, omwille van de sterke publiciteit en publieklokkende werking die ervan uitgaat, in Duitsland als onrechtmatige mededinging worden beschouwd (793). Een argument te meer om ze als niet bindend te beschouwen .

152. De zekerheid die men wil bereiken omtrent de overeenstemming tussen marktoject en testobject hangt echter niet alleen af van het feit dat in verschillende verkoopscentra en via verschillende distributiesystemen anoniem wordt aangekocht, maar ook van het aantal proefobjecten per type dat wordt aangekocht. Om toevallig mindere exemplaren, die in elke massaproductie voorkomen, uit te schakelen, moet een voldoende aantal proefmonsters worden aangekocht en onderzocht. Bij gebreke daarvan kan de aansprakelijkheid van de testorganisatie in het gedrang komen, wegens gebrekkige objectiviteit. Kan men dus bepalen hoeveel exemplaren van elk in het onderzoek betrokken type er dienen onderzocht te worden ?

Het eenvoudigst is het standpunt van DM, die argumenteert dat de verbruiker even goed als de testende op een niet-typisch exemplaar kan stoten en daardoor schade kan lijden (794). Bij niet erg dure goederen zal de verbruiker in zulk geval zich zelfs niet de moeite getroosten het gekochte om te ruilen. Logisch zou dit dan leiden tot de conclusie dat één proefexemplaar van elk te testen artikel dient te volstaan. Voor dure gebruiksvoorwerpen kan dit aangenomen worden (795), temeer daar hier de producent en de handelaar zeer vaak gedurende een bepaalde tijd een garantie bieden

(793) BGH, 14 april 1965, GRUR, 1965 612, noot HEFFERMEHL, Warnschild; LG Coburg, 20 okt. 1964, gecit. MA, 1965, 27.

(794) Geciteerd bij DITGEN, o.c., blz. 131 met verdere verwijzingen. Zo ook Test-Aankoop, 1969, nr. 90, naar aanleiding van het Piccolo-geding.

(795) OIG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1807) in verband met een auto. LG Düsseldorf, 29 sept. 1964, WRP, 1965, 144.

tegen in de productie gemaakte fouten en daaruit volgende gebreken en kosteloze vervanging waarborgen. Hetzelfde mag aangenomen worden zo de producent in zijn reclame er zich ondubbelzinnig op beroemt dat alle exemplaren van een bepaald type volkomen aan elkaar gelijk zijn (796), wat eigenlijk tot het wezen van elk merkartikel behoort, waartoe men meestal toch het aktiegebied der vergelijkende warentests beperkt (797). Maar afgezien van deze twee omstandigheden kan men niet met VOLP besluiten dat, aangezien alle producenten zich graag beroemen op de constante kwaliteit van hun waren, men hen hierom moet kunnen een eis ontzeggen zo zij beweren dat een exemplaar werd onderzocht, beneden het normale produktiepeil van de onderneming voor dat produkt (798).

Men zou ook kunnen laten opmerken dat de controle over de koopwaren door de overheid in principe steunt op één enkel monster (eventueel met overhandiging aan de persoon die als belanghebbende wordt beschouwd, van een gedeelte ervan voor een mogelijke tegenexpertise) (799) en dat dezelfde regel geldt bij bloed- of urineonderzoek voor de vaststelling van dronkenschap of doping. Bovendien vormen deze monsters de basis voor een eventuele strafvervolging.

(796) OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1807). Hetzelfde geldt voor een onderzoek van diensten: alle restaurantgidsen volgen deze praktijk.

(797) Zie aldus § 16 GWB dat de eis van constante kwaliteit opneemt in de definitie van een merkartikel.

(798) VOLP, a.c., WRP, 1963, 109 (116).

(799) In België moeten in principe twee stalen genomen worden bij de staalneming voor eetwaren: art. 3, Reglement betreffende het toezicht van de handel in eetwaren en de wijze van het nemen van stalen (K.B. 28 febr. 1891), Staatsbl., 2-3 maart 1891. Wordt slechts één staal genomen dat bestaat hierop geen sanctie: Cass., 2 maart 1936, Pas., 1936-I-172 (résumé) en 24 maart 1943, Pas., 1943-I-101.

Steeds slechts één staal in Nederland: art. 21 en 22 warenwet van 28 dec. 1935; Besluit van 2 maart 1936 tot uitvoering van art. 20, tweede lid der Warenwet; Beschikking van de Minister van Arbeid

.../...

Dit argument kan echter niet gelden, daar de strafbare handelingen, die men opspoort en bewijst via het nemen en onderzoeken van de genomen monsters, er precies in bestaan en slechts vereisen dat de koopwaar op een bepaald ogenblik niet overeenstemt met de wettelijke vereisten. De koopwaar mag namelijk op geen enkel ogenblik zich in een toestand bevinden die strijdig is met deze strafrechtelijk beteugelde normen, omwille van het maatschappelijk gevaar dat hun verhandelen in dergelijke toestand in zich bergt. Dat daardoor de in overtreding bevonden persoon of de koopwaren mogelijk blijvend worden gediscrediteerd, is een gevolg dat beoogd wordt omwille van het afkeurende oordeel van de wetgever over de inbreuk. Dat de toestand bij vergelijkend warenonderzoek gans anders is, hoeft weinig betoog: zijn doel is voorlichting en niet repressie, hoe ontstellend de bekomen resultaten ook mogen zijn. Bovendien spreekt het zich uit over de totale produktie van een bepaald type in vergelijking met andere produkten die eenzelfde behoefte kunnen bevredigen en worden meestal produkten onderzocht waarvoor geen strafrechtelijk gehandhaafde kwaliteitsregelen bestaan. Bij dit onderzoek is het trouwens niet aan op straffe van nietigheid voorgeschreven onderzoeksmethodes gebonden, noch geniet het genomen monster of de gedane vaststellingen van dezelfde bewijskracht als in het geval van koopwarencontrole.

Indien de testorganisatie evenwel een onderzoek doorvoert naar het navolgen van met straffen gesanctioneerde verplichtingen dan kan zij eveneens volstaan met het nemen van één enkel proefmonster, en men kan het haar niet ten kwade duiden indien zij over haar

.../... van 6 mei 1921 tot uitvoering van artikelen 21, 2e lid der Warenwet.

Zoveel stalen als de monsternemer aangewezen acht: § 6 Abs. 1 Lebensmittelgesetz.

bevindingen rapporteert, na objectief onderzoek. Aldus gebruikte VIVEC voor haar grootscheepse campagne tegen het gebruik van sulfiet in gehakte biefstuk en in worsten slechts één enkel proefmonster per slager (800).

Dat het risico van een toevallig minder goed exemplaar ten nadele van de producent of de verdeler moet uitvallen en hen dwingt bestendige kwaliteitscontroles door te voeren stoelt op een verkeerde voorstelling van zaken. De testorganisatie koopt de te testen exemplaren in de handel en treedt dus in geen rechtstreekse contractuele relatie met de producent. Deze kan zeer vaak de gewenste controles na verlaten van zijn onderneming niet meer doorvoeren en is bovendien slecht gewapend om het verminderen der kwaliteit te verhelpen bij het opslaan ervan in winkels of pakhuizen of tijdens het vervoer (801). Maar erger is dat deze uitspraak een slecht inzicht toont in de rol van de testorganisatie. Deze beoogt een algemeen geldende beoordeling te geven van de gemiddelde kwaliteit van elk in het onderzoek betrokken product. Al kan men bij onderzoek van één exemplaar nooit een abstract gemiddelde dat de werkelijke doorsneekwaliteit zou moeten benaderen, bekomen, men beschikt ook over te weinig zekerheid om de verbruiker met recht te kunnen voorlichten en hem aan te duiden welke de meest waarschijnlijke juiste waardering is voor een bepaald product. Om dit te doen is er slechts een rechtvaardiging zo de pro-

(800) De campagne begon in september van vorig jaar en loopt thans (sept. 1975) nog steeds.

(801) Zie: Der Test, nr. 6, juni 1967, 27 (33): voor een test van haring in tomatensaus werd vóór de staalneming contact opgenomen met de producenten opdat ze zouden mededelen waar verse waar van hen afkomstig kon worden gekocht. Een firma deed dit en bij de aankoop in de aangegeven winkel wees de testkoper erop dat de waar vers diende te zijn. Na het onderzoek deelde het testinstituut mede dat de onderzochte waar drie jaar en zeven maanden oud was. De testorganisatie zag dienvolgens af van een beoordeling op grond der bekomen gegevens en verklaarde dit door bovenstaande feiten aan te duiden.

ducent er prat op gaat in zijn reclame dat alle exemplaren aan elkaar gelijk zijn of dat fouten onmogelijk zijn. In de praktijk heeft de producent zulke zekerheid nooit, zelfs bij fabricatie van genormaliseerde produkten kan daarin een verborgen gebrek voorkomen dat in de kwaliteitscontrole niet werd ontdekt (802). Omgekeerd zou men uit zulke redenering ook moeten besluiten dat, zo men op een exemplaar zou stuiten dat veel beter is dan het normale gemiddelde der produktie, de producent of zijn licentiehouders hiervan kunnen profiteren ten nadele van de verbruikers, die wellicht nooit zulk een kwalitatief hoogwaardig exemplaar ter beschikking zullen hebben. Dan worden dezen misleid en bevordert de verbruikersvereniging ongewild de belangen der producent. Logisch vloeit hieruit voort dat, na onderzoek van één enkel exemplaar, de verbruikersvereniging die de resultaten aan de betrokken ondernemer toezond en van deze een gunstige reactie ontving, wel tegenover deze laatste beveiligd is tegen elke eis, maar niet tegenover de verbruikers of de rivaliserende testorganisaties die van zulke praktijken de dupe kunnen zijn.

In principe gaan producenten en distributie dan ook met het onderzoeken van slechts één exemplaar niet akkoord. Hun bezwaren kunnen als volgt worden omschreven :

' Verschillende factoren beïnvloeden bij de produktie de mate van kwaliteitsbeheersing, nl. de gebruikte grondstof, de aard van het eindprodukt en de daarmee verband houdende produktiewijze en de mate waarin interne kwaliteitscontrole plaats vindt. Deze wordt bepaald door het subjectieve inzicht van de betrokken fabrikant, maar is ook afhankelijk van de beide andere genoemde factoren ...

(802) Zie aldus Cass., 6 nov. 1959, Pas., 1960, I, 277.

' Daarnaast doet zich de mogelijkheid voor van minder evidente afwijkingen die de individuele koper niet gemakkelijk zal opmerken, maar die voor het V.W.O. (vergelijkend warenonderzoek) wel degelijk van belang zijn. ... De producenten werken met toleranties: de kwaliteit mag schommelen tussen een boven- en een benedengrens. Uiteraard moet het doel van de steekproefcontrole zijn de kwaliteitsspreiding klein te houden.' (803)

Zelfs al zou het niet de bedoeling zijn deze marges terug te vinden, maar op inter-modellen en inter-merken-verschillen te wijzen (804) en weer te geven wat het normale resultaat zal zijn aan gebruiksnut van een bepaalde aankoop (805), dan blijkt het nog onlogisch dat één exemplaar van elk onderzocht type of merk, moet kunnen volstaan. Men onderzoekt immers niet in opdracht van één enkele consument, maar om de wens van honderden of duizenden: zij allen moeten voorlichting ontvangen omtrent de normale verwachtingen die zij mogen koesteren bij de aankoop van een welbepaald merkartikel (806). De testorganisatie moet dus een algemeen geldend oordeel geven over een bepaald produkt. Daartoe test zij een aantal proef-exemplaren en veralgemeent de aldus bekomen resultaten. De concreet bekomen cijfers worden genivelleerd, er wordt geabstraheerd doordat wordt overgegaan tot een uitspraak over de doorsneeproductie. Men spreekt zich dus uit over en in de vorm van een gemiddeld

(803) SER-advies over het vergelijkend warenonderzoek, blz. 17-18. Vgl. GEIGER en HEYN, a.c., MA, 1963, 487 (488).

(804) Aldus : MITCHELL, a.c., IOCU Bulletin, nr. 19, 1962, 19.

(805) In die zin: MUNCH-PETERSEN en GOTTLOB, a.c., International Consumer, 1966, nr. 2, 2 (3).

(806) HUBER, o.c., blz. 104.

kwaliteitsbeeld, binnen wiens omgeving of grenzen de meeste produkten van het onderzochte type zullen vallen. Op één enkel exemplaar kan geen gemiddelde logisch worden aangegeven, tenzij misschien voor dienstenverstrekkings.

De opzet lijkt dus wel te zijn dat men de toleranties die de producent voor zijn produktie vooropgesteld had, terugvindt ofwel een waarde binnen deze toleranties als doorsneekwaliteitsbeeld van de onderzochte exemplaren van één bepaald type vindt. Daar dit een veralgemening inhoudt en de eis van zorgzaamheid in het onderzoek het met zich meebrengt, moet aanvaard worden dat een onderzoek van één exemplaar normaal deze zekerheid niet zal kunnen geven. Wil de verbruikersvereniging hierop toch steunen dan valt het risico der gebrekkige objectiviteit ten haren laste. Zo oordeelt de rechtspraak terecht dat één of twee exemplaren van het onderzochte type een te geringe staalneming vormen om een objectief oordeel toe te laten over de totale produktie dienaangaande (807). Een uitzondering kan worden gemaakt voor dure produkten (808), waarvoor men mag veronderstellen dat de producent of de handelaar elk produkt controleerde alvorens het in de handel te brengen. Hier is één exemplaar voldoende en mag het gebrek aan controle op het produktieniveau van het onderzochte produkt worden toegerekend aan de producent of de handelaar. Dit kan blijken uit de gegeven waarborg of omwille van de gevoerde reclame evenzeer zo zijn, dan zelfs buiten de hypothese dat het om dure produkten gaat. Blijkt de fout mogelijk te wijten aan een verkeerde behandeling of bewaring, nadat het produkt de fabriek verliet, dan zal de

(807) Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 558 (559) bevestigd door Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (155), erwtjes Pico.

(808) OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1807); LG Düsseldorf, 29 sept. 1964, WRP, 1965, 144.

verbruikersvereniging wijs handelen door vervanging van het defecte produkt te eisen of de nodige herstellingen te laten uitvoeren (809). Desnoods dient op eigen kosten een tweede exemplaar te worden aangekocht, vermits het defect in deze hypothese niet eigen is aan het produkt, zoals het de fabriek verliet, en dus ook niet aan de producent mag worden toegerekend.

Het stellen van absolute cijfers aan de staalneming is echter steeds onlogisch. Waarom zouden meer dan één (810), twee (811), drie (812) of vijf exemplaren steeds (813) volstaan? Niet alleen varieert dit van testobject tot testobject (814), maar eventueel ook, zo eenzelfde produkt werd getest, van testinstituut tot testinstituut (815). Het staat immers vast dat de zorg waarmede men te werk gaat bij het onderzoek en de beoogde nauwkeurigheid, evenals de gebruikte onderzoeksmethodes een invloed kunnen uitoefenen, vermits zij grotere zekerheid kunnen verschaffen over de bekomen resultaten en dus aanvullende controles op andere monsters kunnen overbodig maken. Zo heeft het feit dat men op verschillende plaat-

(809) Dit laatste echter slechts op voorwaarde dat na de herstellingen het herstelde exemplaar in gelijke voorwaarden kan onderzocht worden als waren er geen herstellingen doorgevoerd.

(810) HELLE, a.c., NJW, 1962, 1177 (1178); HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (616).

(811) MULLER, Oekonomische Probleme und Wirkungen vergleichender Konsumgütertests, blz. 96.

(812) VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 61.

(813) KLUY, Verbraucherorientierte Warenprüfung, in BOCK J. en SPECHT J.G., Verbraucherpolitik, blz. 180 en in ULMER et alii, o.c., blz. 40.

(814) IG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd, dat 15 testpersonen en dus 15 paren onvoldoende zijn om een correcte nylonkousen-test te kunnen doorvoeren en eist een statistisch relevante aantal personen (ca. 100) en dus evenveel te onderzoeken paren kousen.

(815.) BRENNKE, o.c., blz. 153 e.v. met voorbeelden.

sen en in handelszaken met verschillende distributiemethodes aankoopt, zijn invloed, daar het kan beletten dat geen andere dan fabrikaten van een welbepaalde produktiereeks, die kan verouderd zijn, worden aangekocht (816). Een garantie en dus ook een mogelijkheid tot beperking van het aantal proefmonsters kan voortvloeien uit het feit dat men de onderzoeksresultaten per merk ter verificatie aan de betrokken producent of importeur zendt (817). Diens akkoord met de bekomen resultaten ontnemt hem elke basis om een eis in te stellen tegen het naderhand gepubliceerde warenonderzoek (818), behoudens tegen fouten die tijdens de redactie van het testbericht zouden worden gemaakt. Zelfs uit het ontbreken van een formeel antwoord ter instemming mag een akkoord met de resultaten van het onderzoek worden afgeleid. Met name mag men naar Belgisch recht niet naar analogie met de regels van het recht op antwoord redeneren en stellen dat dit laatste geen plicht is maar een recht (819). De feitelijke voorwaarden verschillen trouwens zeer erg en bovendien biedt het antwoorden de producent of de importeur (of eventueel de licentiehouders) de mogelijkheid van schade te voorkomen, zodat hij er alle belang bij heeft te antwoorden. Doet hij dit niet, dan mag dit hem ten kwade worden geduid.

(816) Hierin kan, zo de objectiviteit van de test eronder lijdt een grondslag van aansprakelijkheid liggen. Zie: Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 558 (559), bevestigd door Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (155), erwtjes Ficolo.

(817) En niet aan de leverancier, zoals SER-advies over het vergelijkend warenonderzoek, blz. 18 stelt.

(818) Rb. Brussel, 20 juli 1967, J.T., 1967, 668, bevestigd door Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 155, mazobel.

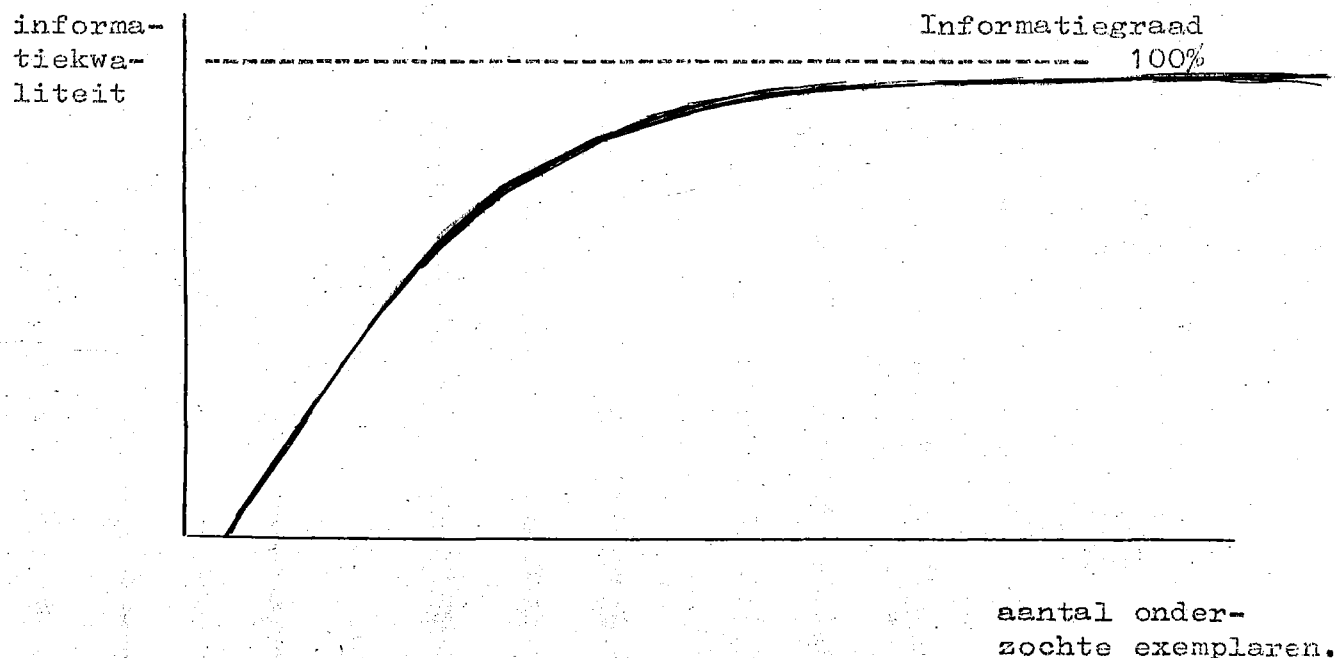
(819) PLATEL, o.c., blz. 13 en de verwijzingen.

Statistische methodes kunnen een oplossing bieden. Zij worden gebruikt bij kwaliteitscontroles omdat men, uitgaande van zulke methodes bij de steekneming, een grote zekerheid bekomt de veranderlijke eigenschappen van de onderzochte waar zeer dicht benaderend in cijfers te kunnen weergeven. Zij stoten echter op bezwaren van financiële en economische aard (820). Statistische zekerheid dient men slechts te hebben nopens het feit dat men één of meerdere waarden vindt binnen de grenzen door de producent gesteld bij zijn kwaliteitscontrole over dezelfde waar.

De oplossing kan worden gezocht in de relatie die MEINERS (821) opbouwt vanuit de rechtstreekse samenhang tussen informatiekwaliteit en het daartoe vereiste aantal onderzoeksexemplaren.

(820) DITGEN, o.c., blz. 137 die stelt dat absolute zekerheid op statistische basis slechts na een onderzoek van 30 exemplaren wordt verkregen. KLUY, in ULMER et alii, o.c., blz. 40; BROOK, Wirtschaftsdienst, juni 1962, geciteerd in : Zur Zulässigkeit vergleichender Warentests, MA, 1962, 626 (627) die stelt dat het eisen van statistische zekerheid een verwarring inhoudt van het vergelijkend warenonderzoek en de kwaliteitscontrole der producenten.

(821) MEINERS, o.c., blz. 81 met navolgende grafische voorstelling.



Immers, bij stijgend aantal onderzochte exemplaren zal de marginale aangroei der informatiekwaliteit afnemen, tot een punt wordt bereikt, dat zeer kort bij de informatiegraaf van 100 % ligt en voorbij hetwelk het toevoegen van additionele exemplaren geen wezenlijke invloed meer heeft op de informatiegraad of -kwaliteit. Dit punt zal, onder in achtneming van de hierboven opgesomde factoren, voor elk onderzoek opnieuw moeten worden gezocht (822).

Een andere methode gaat de variatie tussen stalen van één model of produktentype na in vergelijking tot meerdere modellen of typen van dezelfde goederensoort. Als de variatie tussen de modellen die worden vergeleken beduidend groter is als de variatie tussen de stalen van één type of model, dan kunnen de verschillende types worden gerangschikt. Is de variatie tussen de modellen niet beduidend groter als die tussen de stalen van het model dan kunnen de modellen of typen niet gerangschikt worden volgens het bekomen feitenmateriaal. Om differentiatie te verkrijgen of nadere opheldering over de mate van gelijkwaardigheid tussen de afzonderlijke types, moet de steekproef worden uitgebreid (823) of dient men opnieuw te beginnen en nieuwe kenmerken mede te onderzoeken (824).

Beide zijn methodes die echter als groot nadeel hebben dat tijdens het onderzoek wordt beslist hoeveel exemplaren precies zullen worden onderzocht, waar in de praktijk deze exemplaren vóór het begin van de eigenlijke onderzoekingen worden aangekocht en de testorganisatie die aankoopt en het testinstituut dat de proeven

(822) Zie voor de methodes ter bepaling daarvan de Duitse norm DIN 66051, sub 4 en 2.

(823) GEIGER en HEYN, Zur Zuverlässigkeit vergleichender Warentests, MA, 1963, 487 (489-490).

(824) Op voorwaarde dat het belangrijke kwaliteitskenmerken zijn, anders kan geen beste koop worden aangeduid.

doorvoert, onderscheiden kunnen zijn.

Ook met de hoger voeropgestelde invloeden wordt te weinig rekening gehouden: zo met het feit dat, wanneer de producent, zijn licentiehouders of de importeur de resultaten goedkeurt, zij dit ook hadden kunnen doen bij resultaten verkregen op basis van een veel kleinere steekproef. Andersom botst dit echter ook met de praktijk, in die zin dat, zo bezwaren worden geopperd, een nieuw, beperkt onderzoek ter verificatie wordt doorgevoerd, al zal men met zulke tweede proef geen grotere zekerheid bekomen.

153. Kan de testorganisatie gedwongen worden tot het onderzoeken van een bepaald produkt of van een bepaald type van een bepaald produkt ?

Het antwoord hierop dient ontkennend te luiden, aangezien het een belangrijk element is van de ademruimte dat de testorganisatie vrij kiest welke produkten zij wel en welke zij niet zal onderzoeken. Een uitzondering daarop kan echter worden gemaakt zo de testorganisatie ondubbelzinnig een bepaald keuzeprincipe zou huldigen, waarvan in een bepaald onderzoek ten nadele of ten voordele van een bepaald producent zou worden afgeweken. Dit keuzeprincipe moet dan voldoende klaar zijn, er moet een verplichting kunnen uit afgeleid worden voor elk concreet geval. Zo lijkt het principe der Stiftung Warentest dat worden getest "überregional in grundsätzlich gleichbleibender Beschaffenheit" aangeboden waren, al te vaag opdat een producent er een aanspraak zou kunnen op baseren (826).

Ook het argument van het reclamewapen dat de producent ontnomen wordt bij niet-onderzoek, indien hij naar de resultaten van het

(825) § 2 Satzung der Stiftung Warentest.

(826) Kritisch ook: MEINERS, o.c., blz. 75.

onderzoek mocht verwijzen, verschaft hem geen argument tegen de testorganisatie. Hij kan natuurlijk schade lijden omdat bepaalde personen, waaronder in de U.S.A. zeer vaak publiekrechtelijke lichamen, principieel geen ongeteste waren kopen (827). Door onderlinge afspraken en doorgeven van mondelinge informaties tussen testorganisaties, kan het zelfs zover komen dat de produkten die door één organisatie niet werden onderzocht, door alle worden geweigerd.

Hoewel testorganisaties niet onder de kartelwetgeving vallen, toch moeten zij op dit gebied hun verantwoordelijkheid tegenover het publiek scherp stellen en mogen zij slechts op ernstige gronden weigeren bepaalde produkten te testen wanneer de producent dit zou wensen (828). De weigering als represaille gebruiken omdat de

(827) Aldus de feiten in het geding *Radiant Burners Inc. v. Peoples Gas, Light and Coke Co.*, 273, F. 2nd, 196 (C.A. 7th, 1959):

(828) CALLMANN R., *Der Warentest in den U.S.A.*, GRUR AIT, 1963, 193 (194). Zie ook art. 1, W. 27 mei 1960 (België) en art. 1, wet economische mededinging van 28 juni 1956 (Nederland) en wat daarover hoger werd gezegd. In Duitsland zouden § 22, 26 en 27 GWB kunnen ingeroepen worden, waarvolgens marktbeheersende ondernemingen niet hun toevlucht mogen nemen tot maatregelen van discriminatie en de weigering tot opname in een bedrijfs- of beroepsvereniging die tot onbillijke gevolgen zou leiden, met een verplichting tot opname kan worden gesanctioneerd. Daar er echter werkelijk een kartel, een marktbeheersende of prijsbindende onderneming dient opgetreden te zijn opdat deze artikelen toepasbaar zouden zijn (ULMER-REIMER, *Unlauterer Wettbewerb*, III, Deutschland, nr. 875, blz. 630) zijn deze artikelen niet rechtstreeks op warentestorganisaties toepasbaar. GRASSMANN, o.c., blz. 109 e.v. pleit evenwel voor een analogische toepassing van § 26, 2e lid en § 27 GWB als Schutznormen in de zin van § 823, II BGB, omdat verbruikersverenigingen een zekere economische machtspositie innemen op grond waarvan zij niet zouden mogen discrimineren tussen de in aanmerking komende ondernemers van te onderzoeken produkten. Dit kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden aanvaard wanneer namelijk geen enkel criterium voor de onderscheiden behandeling aantoonbaar is en deze duidelijk willekeur en begunstiging van één of meerdere ondernemers tegenover anderen aantoonbaar is. Vgl. OLG Frankfurt, 24 jan. 1974, WRP, 1974, 212 (215).

producent het verbod der testorganisatie met haar onderzoeken handelsreclame te maken heeft miskend, is geen voldoende grond van weigering (829).

Heeft de testorganisatie via vakbladen of in een van haar publicaties een oproep gedaan tot de producenten in een bepaalde bedrijfstak om zich kenbaar te maken, dan is deze oproep zoveel als een aanbod tot testen. Antwoordt een producent en voldoet zijn produkt aan de in de aankondiging gestelde voorwaarden, dan kan de testorganisatie op geen enkele grond weigeren zijn produkt te onderzoeken (830). Omgekeerd echter kan het zich niet kenbaar maken van een producent geen belemmering vormen om desondanks toch zijn produkt te testen: wat een uitdrukkelijk verbod niet vermag, vermag een vermoeden van een verbod evenmin, tenzij de testorganisatie uitdrukkelijk zou hebben bepaald dat produkten van producenten die zich niet kenbaar maken, van het onderzoek zullen worden uitgesloten.

(829) Aldus handelt men in de U.S.A.: MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (68) en ULMER in ULMER et alii, o.c., blz. 14. Kritiek: VAN DER LAKEN, Reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek, N.J.B., 1968, 281, die op grond van de opzettelijkheid waarmee deze maatregel wordt getroffen, de onrechtmatigheid ervan begrondt. Ook kan ingeroepen worden het feit dat in zulk gedrag een kern van eigenrichting steekt, welke strijdt met de fundamentele principes van ons recht en die hier niet gerechtvaardigd te achten is, gezien de wanverhouding tussen middel en doel.

(830) Contra: Rb. Gent, 28 juni 1870, B.J., 1870, 1310: "L'éditeur d'un indicateur ou almanach d'adresses qui constitue une entreprise privée, n'est pas tenu d'insérer l'adresse de quiconque la lui fait parvenir. ... Peu importe qu'une telle publication obtint une vogue telle qu'on pût la considérer comme jouissant d'un monopole de fait. Peu importe également que l'éditeur ait, par un avis inséré en tête de sa publication, invité ceux qui désirent y voir figurer leur nom et adresse, à les lui envoyer dans un délai déterminé. Pareil avis ne fait pas perdre à l'éditeur son droit d'apprécier l'opportunité de l'insertion vis-à-vis de ceux qui se seraient conformés à cette invitation." Goedkeurend hierover:

.../...

154. De volledigheid van het onderzoek

Dietrich REIMER onderscheidt twee soorten van volledigheid: volledigheid in de betekenis dat alle wezenlijke eigenschappen van de waar worden getest en dat geen afzonderlijke factoren willekeurig zouden achterwege worden gelaten en volledigheid in de zin dat alle, op de markt aanwezige, vergelijkbare produkten in het onderzoek moeten aan bod komen (831).

155. In de eerste betekenis kan volledigheid verder omschreven worden door te stellen dat alle typische kwaliteitskenmerken moeten worden onderzocht. De niet-typische kwaliteitskenmerken mogen onderzocht worden en het is zeer zeker aan te raden ze te onderzoeken zo de handelspubliciteit van de producent grote nadruk legt op één of meerdere ervan. Niet-typische kwaliteitskenmerken kunnen echter de gebruikswaarde van het onderzochte goed niet wijzigen en zij zijn zeer vaak slechts bepalend voor het bijkomend nut of het geldingsnut dat zij aanbrengen. Kan het onderzoek ervan dus nuttig zijn voor de consument, er kan nooit enige verplichting

.../...SCHUERMANS, o.c., I, blz. 87.

Zie echter: DE PAGE, o.c., II, nr. 524 e.v.; DEKKERS, o.c., II, nr. 93 e.v.; RENARD-VIEUJEAN-HANNEQUART, Les Nouvelles, Droit civil V, nr. 191 en 206 e.v. Naar Duits recht zou op § 242 BGB een beroep kunnen worden gedaan (venire contra factum proprium) zo de weigering tegen Treu und Glauben indruist, wat hier aanvaardbaar is. Zie: PALANDT, o.c., nr. 1 en 4 c bij § 242 BGB; STAUDINGER, o.c., A 124 bij § 242 BGB.

Eveneens in aanmerking komt de Kontrahierungszwang welke door de rechtspraak op grond van § 826 BGB wordt aangenomen, indien de weigering tot contracteren of tot toekenning der gewone, in aanmerking komende contractuele stipulaties als een tegen de gute Sitten indruisende, opzettelijke schadetoebrenging kan worden beschouwd.

Zie voor Nederland: HOFMANN-VAN OPSTALL, Het Nederlands Verbintenissenrecht, blz. 306 en 313 e.v.; PITLO, o.c., blz. 153-154; ASSER-RUTTEN, o.c., III/2, blz. 104 e.v. op grond van de bindende kracht van het aanbod, Pres. Rb. Dordrecht, 3 febr. 1965, N.J., 1966, 63: de exploitant van een hotel-, café- en restaurantbedrijf kan niet zonder gegronde reden de toegang weigeren aan een bezoeker. Het openhouden van het bedrijf is een dagelijks openbaar aanbod.

Zie ook infra noot 848.

(831) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 483,

...../.....

bestaan tot zulk onderzoek. Dit zou weerom strijden met de wezenlijke opgave van het vergelijkend warenonderzoek.

Gezien de eigen aard der niet-typische kwaliteitskenmerken, zou het getuigen van onvoldoende eerbied tegenover de specifiek eigen taak zo de verbruikersvereniging, op de uitsluitende basis van één op meerdere niet-typische kwaliteitskenmerken, een negatief oordeel zou uitspreken over een bepaald produkt. Hoogstens kan het onderzoek van deze kenmerken medebepalend zijn voor het eindoordeel (832) en, zo het testbericht geen eindoordeel heeft, mag door de redactie van dat gedeelte van het onderzoek geen valse conclusie worden gewekt.

Het niet onderzoeken van wezenlijke of typische kwaliteitskenmerken kan in sommige gevallen een fout uitmaken die niet door een beroep op de ademruimte zal kunnen worden gedekt. Daartoe is vereist dat daardoor het gehele onderzoek of een wezenlijk deel ervan wordt vervalst. In elk geval dient men hier voorzichtig te zijn bij de aanduiding van een beste koop en zal het feit dat een bepaald kenmerk niet werd onderzocht best worden vermeld. Ter verontschuldiging van de testorganisatie kan erop gewezen worden dat het niet eenvoudig is alle kenmerken van een bepaalde waar te onderzoeken. Dit bewijst HUNDHAUSEN aan de hand van een vergelijking tussen tests der Consumers' Union en der Consumers' Association (833). Veel hangt hierbij af van de algemene planning en de voorbereiding van het onderzoek. Hiertoe kan een omvraag bij de verbruikers behoren naar de door hen als belangrijk beschouwde kenmerken van een bepaalde soort van produkten (834). Ook kan door de verantwoorde

.../... 341; vgl. KLATT, a.c., ZfbF, 1964, 485 (490).

(832) Daarover: KLATT, a.c., ZfbF, 1964, 485 (493).

(833) HUNDHAUSEN, a.c., ZfbF, 1962, 271. Zie ook : MEYER, a.c., MA, 1963, 3; BUSSMANN, o.c., blz. 81-82.

(834) KLATT, a.c., ZfbF, 1964, 485 (493).

vermelding, waarom een bepaald kenmerk niet werd onderzocht, een zekere vrijwaring worden geschapen om aansprakelijkheid wegens onvoldoende onderzoek der kwaliteitskenmerken te ontgaan. Voorwaarde zal echter zijn dat de gegeven verantwoording, gezien het er uit volgende concrete onderzoek, logisch en economisch verdedigbaar is.

Aldus verbood het LG Frankfurt de Stiftung Warentest om warentests over wasmachines, fruitpersers en grillapparaten aan andere tijdschriften door te geven ter publicatie, omdat belangrijke kenmerken van deze apparaten niet onderzocht werden (835).

156. Wat de volledigheid betreft, in de zin dat alle op de markt aanwezige, vergelijkbare produkten moeten worden onderzocht, is het probleem moeilijker (836).

Het is immers de regel dat een publicist slechts verslag uitbrengt nadat hij alle informatieelementen die hij kende of waarvan hij het bestaan kon kennen, methodisch verzamelde. Dit wordt vereist opdat de lezer zich een persoonlijke en gefundeerde opinie zou kunnen vormen over het behandelde onderwerp en de waarde ervan voor hem (837). De haast en het ongeduld van het publiek om kennis te nemen van zo veel en zo "heet" mogelijke nieuwtjes, is soms als

(835) LG Frankfurt, 13 sept. 1971, Az., 3/60 184/71, waarover MA, 1971, 432. Toestemming tot publicatie van dit vonnis kon niet worden bekomen. Zie echter OLG München, 16 jan. 1964, BB, 1964, 324 waar slechts zo grote volledigheid wordt vereist als nodig is opdat eenzijdigheid en het daaruit volgende tekort aan objectiviteit zou worden vermeden.

(836) MEINERS, o.c., blz. 76 e.v. noemt dit de Angebotsbreite im Testprogramm, waartegenover staat de Angebotstiefe die het aantal exemplaren aangeeft die werden onderzocht per produkt van een bepaald producent.

(837) Rb. Brussel, 20 april 1932, Pas., 1932-III-122; Brussel, 22 maart 1911, P.P., 1912, 1368; Paris, 16 dec. 1904, Droit d'Auteur, 15 aug. 1905, gecit. bij DUPLAT, o.c. blz. 67; Kooph. Brussel, 26 jan. 1935, J.C.B., 1935, 277; Paris, 12 febr. 1962, D., 1962, Somm., 55. WENZEL, o.c., blz. 180 e.v.; IOFFLER, Presserecht, blz. 674 e.v. AUBEL, o.c., blz. 93 met verwijzingen.

een verzachting ten voordele van de publicist aanvaard (838), doch deze situatie doet zich bij de door vergelijkende warentests verhelderbare onderwerpen haast nooit voor, zodat men mag stellen dat hun redacteurs en de testorganisatie zelf, gezien de ernstige schade die zij aan de faam van een produkt en een onderneming kunnen toebrengen, hiervan nooit kunnen genieten.

Natuurlijk kan men met SCHERHORN aanvaarden dat een volledig marktoverzicht voor de consument overbodig is. Immers, zo iemand zich over het grootste en gemakkelijkst bereikbare deel van de aangeboden vergelijkbare produkten informeert, ontgaan hem wel enkele varianten van dat produkt, doch volgens de waarschijnlijkheidstheorie ontgaat hem haast zeker geen typische variante. Zijn er meerdere optimale mogelijkheden om een behoefte te bevredigen, dan zal er minstens één zijn waarover de consument informatie krijgt, zodat men kan besluiten dat een voldoende marktoverzicht en -doorzichtigheid wordt bereikt, zodra door aanvullende informatie de beslissing van de consument niet meer wezenlijk kan worden beïnvloed (839).

Is dit economisch gezien en steunend op het standpunt der consumenten alleen, wellicht zo, juridisch blijft toch de vraag of dit geheel onbedenkkelijk is tegenover de producenten van niet-onderzochte produkten.

Hoger is gesteld dat principieel de warentestorganisatie de verschillende ondernemers, wier produkten in aanmerking komen of kunnen komen voor onderzoek gelijk dient te behandelen, en dat een ongelijke behandeling gerechtvaardigd dient te zijn. Is dit prin-

(838) DALCQ, o.c., nr. 1269 met verwijzingen; DUPLAT, o.c., blz. 282; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige Daad, IX, nr. 49.5; Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 okt. 1969, N.J., 1971, 51. Anders in Duitsland: LÖFFLER, Presserecht, blz. 677, nr. 77.

(839) SCHERHORN, o.c., blz. 27 e.v.; MEINERS, o.c., blz. 76-77.

cipieel zeker zo dan dient thans te worden nagegaan of dit uitgangspunt geen verdere precisering behoeft. Alhoewel het zo is dat een vergelijkend warenonderzoek principieel volledig dient te zijn, gezien zijn doelstellingen, toch rijzen hier verschillende problemen. Is het wel mogelijk om de vereiste volledigheid te bereiken en bestaan er geen mogelijkheden om bepaalde producenten te kunnen uitsluiten, zonder dat daarvan aan de testorganisatie een verwijt zal kunnen worden gemaakt. Wat is de invloed der grondwettelijke vrijheden die een speciale bescherming garanderen aan de publicistische activiteit. Wanneer brengt de onvolledigheid zeker de onrechtmatigheid van het onderzoek met zich mede.

Wat betreft de mogelijkheid om totale volledigheid te bereiken, dient te worden opgemerkt dat het zeer moeilijk is totale volledigheid te bereiken in geval er zeer vele producenten met zeer vele verschillende uitvoeringen van een bepaald produkt op de desbetreffende markt met elkaar concurreren. Zeer zeker is het ideaal dat dient te worden nagestreefd de totale volledigheid en dient elke testorganisatie ervoor te zorgen dat zo veel mogelijk de factoren worden uitgeschakeld die volledigheid in de weg staan (840). Men zou immers met BOLLACK (841) kunnen aanvaarden dat, aangezien een warentest zijn rechtvaardiging vindt in het verbeteren van de marktdoorzichtigheid en de verbruiker in de eindbeoordeling tot een welbepaalde aankoopbeslissing wordt aangemaand, er een omzetverschuiving zal plaatsvinden ten nadele van niet geteste produkten, zodat een warenonderzoek alle op de markt aanwezige vergelijkbare produkten dient te omvatten, ook al maakt dit een warenonderzoek onmogelijk in zeer vele secto-

(840) BRENNECKE, o.c., blz. 59. Rapport van de Commissie ter Bestudering van het vraagstuk van de sluikreclame in televisieuitzendingen, Bijlage D, blz. 2.

(841) BOLLACK, a.c., NJW, 1963, 986 e.v. en MA, 1963, 319 e.v. Aldus ook: BRENNECKE, o.c., blz. 59; BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (152).

ren (842). Omwille hiervan moet even aandacht worden geschonken aan praktische middelen om deze volledigheid te trachten te realiseren.

Het beste middel daartoe lijkt mij te zijn een beperking door te voeren en het onderzoek volgens bepaalde logische criteria op te splitsen in deelgebieden waarbinnen wel volledigheid kan worden bereikt. De praktijk zal dit echter vaak niet toelaten, omdat het aantal dan nog te groot blijkt of omdat van bepaalde produkten onvoldoende exemplaren konden worden onderzocht. Praktisch zal het meestal onmogelijk zijn al deze produkten te onderzoeken in één onderzoek, doch zal men eerst functionele indelingen maken naar type, prijsklasse of soort. Overigens zijn sommige goederen geschikt om meerdere behoeften te bevredigen en kunnen sommige behoeften door meerdere soorten van goederen worden bevredigd, zodat de onderlinge vergelijkbaarheid alleen op het niveau van de soort of het type bestaat, maar niet op het niveau van de individuele merkartikelen. Daarnaast dient nog te worden opgemerkt dat soms andere systeemindelingen kunnen worden gemaakt voor dezelfde groep van produkten, zodat hieruit een verschuiving kan volgen wat betreft de beschouwde merkartikelen. Zo kan de behoefte in een warm huis te wonen op velerlei manieren bevredigd worden : door verwarming met kolen, gas, stookolie of electriciteit en daarnaast zelfs door een haardvuur met hout gestookt (843); onderling kunnen deze systemen worden vergeleken, maar nooit de kolenkachel, merk X, type Y

(842) SCHULTZ, a.c., NJW, 1963, 1801 (1802) tracht aan te tonen dat het warenonderzoek op bijna alle terreinen onmogelijk wordt, terwijl hij ook opmerkt dat het warenonderzoek geen rechtvaardiging behoeft. Bovendien moet worden aangemerkt dat BOLLACK een begrip van marktdoorzichtigheid gebruikt dat te absoluut en te theoretisch is en dat de omzetverschuiving niet bewezen is. Zie ook: KELLER, o.c., blz. 44 e.v.

(843) Bij dit laatste is het hoofddoel haast nooit verwarming alleen, doch spelen ook allerlei bijkomende nutsverwachtingen: gezelligheid, sfeer, enz. Een onderzoek kan dan alleen op het goed functionneren van geprefabriceerde haardelementen dragen (houtverbruik, rookhinder, vuurvastheid).

met de straalkachel, merk Z, type A. Bovendien kan een verdere beperking worden doorgevoerd, doordat men van de kolenkachels alleen vulhaarden onderzoekt en van deze vulhaarden mogelijk alleen diegene die in een bepaalde prijsklasse bij de aankoop gelegen zijn (844).

Zulke opsplitsing leidt tot een versnippering van het onderzoek en beperkt dit. Dat heeft nadelen voor de voorlichting der verbruikers, die dan een grotere inspanning moeten leveren en latere met vroeger verschenen testberichten moeten vergelijken, terwijl het totaal onderzoek sterker onderhevig aan veroudering wordt daar het over een grotere tijdsspanne gespreid ligt. Voordelen zijn dat zulke deelonderzoeken sneller kunnen gepubliceerd worden en minder het risico inhouden bij de publicatie reeds op één of meerdere punten verouderd te zijn. Verder vergemakkelijken zij de taak van de testorganisatie op redactioneel gebied. De onkosten van het totale onderzoek kunnen bovendien over een grotere periode worden gespreid. Als eerste publicatie van zulk omvattend onderzoek zou een vergelijking der sporten of systemen onderling kunnen verschijnen, zodat de consument reeds over zekere aanwijzingen beschikt (845). Het opsplitsen volgens bepaalde criteria vergroot echter de aansprakelijkheid van de testorganisatie: niet alleen voor de logica

(844) Het laten figureren van een welbepaald merkartikel in een onderzoek waar het niet thuishoort, is een onrechtmatige daad, zowel tegenover de producent van dit artikel als tegenover de andere producenten van merkartikelen, die tevens in het onderzoek werden opgenomen en mogelijk zelfs tegenover de producenten van merkartikelen wier produkten niet werden opgenomen, hoewel ze daartoe normaal in aanmerking kwamen.

(845) Daarbij kan reeds worden vermeld dat bepaalde soorten of systemen niet het voorwerp zullen uitmaken van een verder nauwkeurig uitgewerkt onderzoek. Daarin is de testorganisatie volledig vrij, behoudens bewezen kwaad opzet tegen een bepaalde groep van producenten.

.../...

van de opsplitsing, maar ook de te betrachten volledigheid binnen elk afzonderlijk gepubliceerd onderzoek vergroot. Hoe beperkter de onderzochte produktensoort of -type in zijn aantal vertegenwoordigende merkartikelen uitvalt, hoe groter de volledigheid van het aantal onderzochte artikelen binnen de soort of het type zal kunnen zijn.

Het probleem hangt echter ook samen met de wijze van monster-neming: indien men bij voorbaat geen enkel produkt uitsluit en verschillende plaatsen en distributiesystemen voor zijn aankopen uitkiest, verkleint het risico zeer sterk dat men een bepaald produkt nergens zou ontmoeten: als verschoningsgrond kan dit niet-ontmoeten worden aanvaard, onder inachtneming van de concrete omstandigheden (846). Het risico blijft evenwel dat de producent achteraf door het voorleggen van cijfers over zijn omzet en verkoops-

.../... Voor een voorbeeld: Systemvergleich: Nicht verschmutzende und selbstreinigende Backöfen. Sauberheit hat ihren Preis. Vor- und Nachteile, Arbeitsweise und Kosten. Der Test, 1974, 656-660. In dit geval kan een onderneming niet eisen met name te worden genoemd, zelfs al is zij de grootste in de branche of is de geuite algemene kritiek op haar niet toepasselijk; Pres. Rb. Amsterdam, 28 dec. 1967, N.J., 1968, 57.

(846) Rb. Brussel, 2e kamer, 29 okt. 1968, RBP v. UFIDEC en cs., niet gepubliceerd, onder de omstandigheid dat het niet onderzochte produkt slechts zelden aan gewone verbruikers onder het merk van de producent werd geleverd.

organisatie dit zou kunnen ontkrachten. Een nauwkeurige proefmonsterneming veronderstelt dan ook dat bij voorbaat zou worden nagegaan welke produkten in aanmerking komen op basis van de documentatie die over de betrokken bedrijfstak kan worden verkregen. Vindt men geen of onvoldoende exemplaren van een merkartikel dat volgens de beschikbare gegevens voor het onderzoek in aanmerking kwam, dan dient dit ofwel te worden aangegeven, ofwel dienen bijkomende inlichtingen bij de producent te worden ingewonnen. Eveneens zeer efficient is het een uitnodiging te richten aan de producenten om zich kenbaar te maken, wat de mogelijkheid biedt die producenten die zich niet kenbaar maakten, uit te sluiten of daarvan alleen diegenen te behouden die een groot marktaandeel hebben of zeer bekend zijn. Hierop dient dan in de publicatie te worden gewezen.

Heeft de testorganisatie via advertenties in vakbladen, het eigen tijdschrift of een mededeling aan de betrokken nijverheidsorganisaties (847) een uitnodiging gericht tot de producenten om zich kenbaar te maken, dan zijn er haast geen problemen. De advertentie of de mededeling is een werkelijk aanbod tot onderzoeken en schept, bij antwoord binnen de aangegeven of een redelijke termijn, een verplichting tot onderzoek tegenover de producent wiens merkartikel aan de gestelde vereisten beantwoordt (848). Antwoordt hij

(847) In een "nordische Staat" gebeurt dit via het Staatsblad: aldus KLUY, a.c., MA, 1965, 137 (140). Dit is Denemarken (L.B.).

(848) Anders: S.E.R.- advies over het vergelijkend warenonderzoek, blz. 15, dat ook in dit geval de beslissing over de aanvaardbaarheid van het produkt bij de testorganisatie laat berusten. Zo ook: Rb.Gent, 28 juni 1870, B.J., 1870, 1310 waar de drukker die een wegwijzer uitgeeft met de adressen van handelaars van Oost-Vlaanderen en erin vermeldt dat eenieder die wenst opgenomen te worden hem moet verwittigen, niet onrechtmatig handelt tegenover een concurrent wiens naam hij niet afdrukt, ook al had deze hem duidelijk verwittigd. De rechtbank kent de drukker een recht toe om

niet dan beschikt hij over geen enkele rechtsgrond om zich achteraf tegen de testorganisatie te richten wegens het niet onderzoeken van zijn produkten. Wegens het ontbreken van elke contractuele relatie en het feit dat hij geen gebruik maakte van het aanbod om zijn produkten te onderzoeken, kan de producent zich ook niet beroepen op het feit dat de produkten van zijn mededingers, die evenmin antwoorden, toch werden onderzocht: de testorganisatie is vrij te kiezen onder hen, behoudens zo uit de concrete omstandigheden zou blijken dat de keuze welbewust tegen een bepaalde

.../... de opportuniteit te beoordelen van de opname tegenover hen die zich kenbaar maken en besluit ook dat, in casu, geen wils-overeenstemming bestond en dus ook geen contractuele relatie. Deze laatste overweging kan, gezien de inmiddels gewijzigde opvattingen over de waarde en de omvang van het aanbod, niet aanvaard worden: vgl. RENARD-VIEUJEAN-HANNEQUART, Les Nouvelles, Droit Civil, V, nr. 191 en 206 e.v.; DE PAGE, o.c., II, nr. 524 e.v.; DEKKERS, o.c., II, nr. 93 e.v. Omwille van het feit dat het hier wel een toetredingscontract betreft, doch dat de speciale omstandigheden die t.a.v. de reclame in de pers kunnen ingeroepen worden, hier niet gelden, is een analogie met de overwegingen uit de rechtsleer en de rechtspraak die de pers een discretionaire beoordeling laten bij het al dan niet uitvoeren van bestellingen van reclame, hier niet toepasselijk. Zie daarover: DUPLAT, o.c., blz. 155-161 en de aldaar aangegeven rechtsspraak, waarvan vooral Brussel, 10 febr. 1897, Pas., 1897, II, 178 typisch is. Ook zal de testorganisatie zich alleen te kwader trouw er op kunnen beroepen dat de tekst van de mededeling niet letterlijk hoefde te worden genomen, en dat zij dus het erin beloofde niet hoeft uit te voeren. Deze opvatting kan alleen voor hoogdravende reclamebeweringen aanvaard worden, die iedereen als dusdanig herkent.

In Duitsland zou op de zgn. Kontrahierungszwang een beroep kunnen worden gedaan, die geldt voor alle ondernemingen die een vorm van monopoliestelling hebben op de markt. Dit is vooral in overweging te nemen daar de Stiftung Warentest een door de Staat opgerichte en gesubsidieerde instelling is. Weigeren te testen zou dan indruisen tegen § 826 en § 241 BGB; ROSENTHAL-BOHNENBERG, o.c., nr. 2783; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 908, blz. 659 e.v.; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 177 e.v. bij § 1 UWG; PALANDT, o.c., nr. 3, b bij Einführung v. § 145 BGB; STAUDINGER, o.c., nr. 5 e.v. bij Vorbemerkungen § 145.

HOFMANN-VAN OPSTALL, o.c., blz. 306 en 313 e.v.; PITLO, o.c., blz. 153-154; ASSER-RUTTEN, o.c., III/2, blz. 104 e.v.

producent gebeurde.

Voorzichtigheidshalve dient het relaas van het onderzoek te wijzen op het bestaan van de advertentie en te vermelden wie erop antwoordde en welke produkten daarbuiten nog werden onderzocht, eventueel met de vermelding van de reden van dit laatste feit. Nooit mag ter gelegenheid daarvan de schijn worden gewekt als zouden die producenten die niet antwoordden enige, voor hen ongunstige reden hebben gehad om niet te antwoorden. A fortiori mag de testorganisatie deze conclusie niet opdringen voor producenten wier producten niet werden onderzocht.

Buiten dit geval echter is het zeer moeilijk een criterium te formuleren op basis waarvan een gedeelte der vergelijkbare produkten zouden kunnen worden uitgeschakeld.

Steeds is er een onrechtvaardigheid tegenover de producent wiens produkten niet worden getest. Zij kunnen uitstekend zijn en blijven toch verstoken van de omzetbevorderende werking die een gunstige kwotering in een vergelijkend warenonderzoek kan hebben. En hoewel het niet mag overdreven worden, toch bestaat het gevaar dat de lezer ongerechtvaardigde gevolgtrekkingen maakt tegenover produkten die niet werden onderzocht, omwille van het feit dat zij niet werden opgenomen (849). Zo mogen ook conclusies met betrekking tot één type van een bepaald merkartikel niet tot de overige types van dezelfde warensoort met hetzelfde merk, worden uitgebreid (850). Voorzichtigheidshalve is het aan te bevelen hierop uitdrukkelijk te wijzen en kan niet worden volstaan met de enkele vermelding van het aantal merkartikelen van een bepaalde goederensoort die in één

(849) Dit wordt niet aangenomen door: Rb. Brussel, 29 okt. 1968, R. B.P. tegen UFIDEC en cs., niet gepubliceerd.

(850) Zie: Test-Aankoop, bijzonder nummer 1968-69, zonder paginering. De reclame bespeelt echter zo zeer het vormen of het uitbuiten van een merkimage, dat het moeilijk is dergelijke besluitvorming bij het lezerspubliek tegen te gaan.

onderzoek werden betrokken (851).

Indien echter uit de concrete omstandigheden zou blijken dat het publiek wordt misleid door het niet-testen van een bepaald produkt en, zo wordt aangetoond dat de omzet van de producent daardoor zou zijn gedaald, kan een verplichting tot opnemning van het produkt in de testpublicatie door een latere aanvulling worden opgelegd door de rechter, naast eventuele schadeloosstelling (852). Het is echter zeer twijfelachtig of de producent wiens produkt niet opgenomen werd, zijn eis tot schadeloosstelling zal zien toewijzen. Hij draagt immers de bewijslast.

Al staat de schade vast omdat de omzet van een producent daardoor kan teruglopen en hij toch minstens een kans om gratis grotere bekendheid aan zijn produkt te zien geven, verliest, terwijl de consumenten misleid kunnen worden, dan is het toch twijfelachtig of een fout zal worden aanvaard, vooral zo de test op enige wijze deze onvolledigheid tot uiting brengt.

(851) Dit gebeurt gewoonlijk in Test-Aankoop en Koop zo het best. Het Duitse Der Test somt alle geteste types en merken nauwkeurig op. Voldoende acht Paris, 10 juli 1974, D., 1975, Somm. 7 (8), dat Trib. Gr. Inst. Paris, 4 Juli 1973, Gaz. Pal., 1973, II, 617 hervormt, het feit dat een erkend expert in een flash-uitzending van drie minuten betreffende de vleesvermalers, erop wees dat de bekomen resultaten afkomstig waren van een steekproef, die door nieuwe gegevens kon worden bevestigd of gecorrigeerd.

(852) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 483, blz. 341. Ook in België en Nederland is dit, gezien de ruime bevoegdheden der rechters bij het vaststellen van de wijze waarop de schadeloosstelling zal dienen te geschieden, mogelijk, ook al zou de testorganisatie een beroep kunnen doen op haar vrijheid van meningsuiting. Dit laatste verplicht ertoe de eis tot publicatie slechts toe te wijzen, zo bij belangenafweging blijkt dat het concrete gedrag van de testorganisatie haar beroep op haar meningsuitingsvrijheid totaal tegensprekt. Aldus indien de testorganisatie aanbood die produkten te onderzoeken, waarvan de producenten of importeurs zich kenbaar zouden maken of bepaalde inlichtingen verstrekken.

Immers in dit geval kan de testorganisatie zich erop beroepen dat valse meningsvorming bij het publiek uitgesloten is omdat de test als een steekproef, een doorsnee van het op de markt beschikbare aanbod moet worden gezien, en zij bij het maken van de keuze die aan deze steekproef ten grondslag ligt een zeer grote vrijheid geniet, gesteund op het recht op kritiek in haren hoofde. Dat de principiële eis van volledigheid, over zulke aanduiding der onvolledigheid heen, de onrechtmatigheid zou kunnen begronden, is immers meer dan twijfelachtig (853).

Bij het zoeken naar een criterium om een beperking te rechtvaardigen heeft men gesteld dat de keuze moet representatief zijn en men het keuzecriterium doet aangeven op basis waarvan werd geselecteerd (854). Door representativiteit te eisen verlegt men het probleem alleen maar: het komt erop neer dat men het bestaan van een criterium eist, doch zich over de inhoud ervan niet uitspreekt. Anderen eisen dat duidelijk zou worden aangegeven in welke verhouding de geteste goederen tot de niet geteste staan. Aangegeven dient te worden welke produkten op de markt aanwezig zijn en uit welke kwaliteitsgroep de onderzochte produkten stammen (855).

(853) Tegen het principe der volledigheid: GRASSMANN, o.c., blz. 131 die stelt dat er geen plicht tot volledigheid bestaat, doch alleen een plicht om niet willekeurig de te onderzoeken produkten te kiezen. Dit verschuift het probleem naar de vraag wanneer de testorganisatie willekeurig uitkiest, waarvoor de auteur geen criterium aangeeft. Zo ook KELLER, o.c., blz. 45-46, die in het eisen van volledigheid een ongerechtvaardigde beperking van het recht van vrije meningsuiting ziet.

Zoals hier: ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 483; SCHULTZ, a.c., NJW, 1963, 1801; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., 11, nr. 351 bij § 1 UWG. Onduidelijk: Rapport der commissie ter bestudering van het vraagstuk van de sluikreclame in televisieuitzendingen, bijlage D, blz. 2, sub 3.

(854) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 75 bij § 1 UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 483, blz. 341; ULMER, in UMER et alii, o.c., blz. 20; HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (615); RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030). vgl. Cass. fr., 3 dec. 1968, D., 1969, 253, noot P. COUV RAT en J.C.P., 1969, II, 15787, noot R.L.

(855) VOLF, a.c., WRP, 1963, 109 (115); RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030); BUSSMANN, o.c., blz. 85.

Indien de testorganisatie deze opdracht nauwkeurig wil vervullen, zal zij echter alle produkten eerst moeten onderzoeken, zodat zij dan beter het onderzoek volledig kan publiceren.

Anderen zoeken een basis in het marktaandeel dat het betrokken produkt inneemt (856) of de geografische verspreiding ervan over het land (857). Beide criteria stuiten op de praktische moeilijkheid dat voor zeer veel produkten geen preciese gegevens over het marktaandeel of de verspreiding van het produkt bestaan of kunnen bekomen worden. Bovendien benadeelt men de kleine ondernemer wiens produkt niet zal worden onderzocht. Om het even of men aanneemt dat zij uitgesloten worden van de omzetbevorderende werking van de tests (858) of dat er een omzetsverschuiving plaats grijpt ten gunste der goed beoordeelde producenten (859), steeds is er een onrechtvaardigheid daar zij geen adequate reclamecampagne kunnen voeren tegen het testbericht in de mate waarin een grote onderneming dit kan. Zelfs al zouden zij bij eventuele opname, goed beoordeeld zijn geweest, dan kunnen zij dit niet door een neutraal organisme uitgesproken zien, maar dienen zij hun goodwill te verdedigen omdat zij niet werden beoordeeld.

(856) BROOK, in Wirtschaftsdienst, 1962, geciteerd in Zur Zulässigkeit vergleichender Warentests, MA, 1962, 626; S.E.R.-advies over het vergelijkend warenonderzoek, blz. 15.

(857) Nationaal verkochte produkten: KLATT, a.c., ZfbF, 1964, 485 (492). In het grootste deel der Bondsrepubliek: Welche Produkte eignen sich für den Warentest? Ein Exposé der Aktionsgemeinschaft für Warentestfragen, MA, 1965, 144.

"Ueberregional": § 2 der Satzung für die Stiftung Warentest. Zo ook: de Amerikaanse praktijk: HESBERG W., Verbraucherberatung durch Konsumgütertests, blz. 17; de Engelse: BROOK, a.c., l.c.; de nederlandse: S.E.R.-advies, blz. 15.

(858) MOHRING, Ist das Recht der Werbung reformbedürftig?, MA, 1962, 967 (975).

(859) BOLLACK G., Zur Problematik der Warenauswahl beim Warentest, NJW, 1963, 986 (987) en MA, 1963, 319 (320). MEINER, o.c., blz. 78 ziet daartussen een tegenstelling waarbij hij met BOLLACK stelt dat warentests normaal geen additionele koopkracht in het leven roepen. Alles hangt ervan af wat men onder omzetbevorderende werking verstaat: ziet men deze in hoofde van de producenten en niet abstract, dan is er geen tegenstelling.

Het argument vanwege de Stiftung Warentest, geput uit haar nationaal karakter en het gebruik van belastingsgelden voor haar financiering (860), gaat evenmin op. Het eerste argument strijdt met de rechtspraak die heeft gesteld dat ook plaatselijk verkochte produkten, als worsten van een bepaald slager, terecht kunnen worden onderzocht en niet alleen nationaal verkochte produkten (861). Het tweede principe zou een voorwaarde vormen aan het ter beschikking stellen van de gelden vanwege de staat, iets wat niet kan en mag geduld worden omwille van de neutraliteitseis.

Ook het argument van de wanverhouding tussen kosten en het nut voor de verbruiker gaat niet op (862). Hoe meer produkten in een warenonderzoek betrokken, hoe groter de kosten en hoe groter het nut. Uit het feit dat bij stijgend aantal eenheden de gemiddelde kosten en het gemiddelde nut alsook de telkens toegevoegde kosten en het nut zullen dalen, kan niets worden afgeleid, daar dit een algemeen economisch fenomeen is. Uiteraard kan daarbij ook niet worden aanvaard dat men de producenten met gering marktaandeel zou laten betalen voor het testen van hun produkt (863).

Al deze opvattingen hebben gemeen dat zij verhinderen dat een uitstekend maar weinig gekend produkt de aandacht zou krijgen die het verdient, zodat daardoor de testorganisatie zelfs gedeeltelijk haar doel van voorlichting en berading bij de aankoop uit het oog verliest. Bovendien betekent het een voordeel voor producenten met groot marktaandeel, die wanneer ze zeer sterk staan, nooit zullen kunnen door de tests onder druk gezet worden om hun produktie op hoger kwalitatief peil te brengen. Dit is een rem op de

(860) Welche Produkte eignen sich für den Warentest?, MA, 1965, 144.

(861) OLG Nürnberg, 27 nov. 1964, BB, 1964, 1448, bevestigd door BGH, 18 okt. 1966, GRUR, 1967, 113, Leberwurst.

(862) VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 66.

(863) Aldus: BODMER-LENZIN, a.c., MA, 1963, 1031 (1035).

prestatienorm in de concurrentiestrijd, terwijl het juist deze norm is die door het warenonderzoek op een specifiek terrein wordt geconcretiseerd. Wordt een bepaald type van een bepaald produkt niet onderzocht, dan kan de producent ervan lijden onder een ongunstige reactie van de verbruiker op het feit zelf dat het produkt niet werd onderzocht (864), zelfs al neemt de testorganisatie alle mogelijke voorzorgen om dit te voorkomen.

Er wordt ook een willekeurig onderscheid gemaakt tussen de lezers van het tijdschrift: de verbruikers van bekende merkartikelen, vaak reeds overstelpt door reclame, krijgen objectieve voorlichting, de verbruiker van minder bekende produkten krijgt er geen. Dit argument kan echter ook omgedraaid worden, daar het sterker nodig is tegenover intensieve reclamecampagnes een neutraal oordeel te stellen, dan wanneer, zoals vaak bij minder bekende produkten het geval zal zijn, alleen de eigen ervaring met het produkt, buiten alle beïnvloeding, in aanmerking komt.

En zoekt men daarbuiten naar een criterium om toch bepaalde produkten uit te sluiten, dan zou dit moeten gebeuren op basis van een norm van een normalisatie-instituut. M.a.w. produkten die de door de norm gestelde kwaliteitsdrempel niet halen, worden uitgesloten en dit wordt aangegeven. Natuurlijk zal deze methode niet zeer vaak bruikbaar zijn: zij veronderstelt dat er een norm is die een voldoende hoge kwaliteitsdrempel stelt en dat men zonder onderzoek of na een zeer summier onderzoek, bepaalde producten met zekerheid kan uitsluiten (865).

(864) "Wat zo slecht wordt verkocht, kan niet goed zijn". De waren-test wordt soms gezien als een steun aan kleinere producenten: HOTTLER, Wirkungen neutraler Warentests auf Industrie und Handel, MA, 1963, 1046 (1050); VON BRAUNSCHWEIG, o.c., blz. 106.

(865) Zie voor een gelijkaardige methode: WAHLBERG, How to compile a brand list, IOCU Bulletin, 1962, nr. 15, 17. Vgl. de veroordeling van een frans syndicaat d'initiative omdat het een hotel uitsloot van zijn toeristische folders, zonder voldoende motivering: Cass. fr., 7 okt. 1963, Bull. civ., 1963, II, nr. 132, 97.

Is deze drempel te laag, dan zal meestal geen enkele producent kunnen worden uitgesloten en kan de testorganisatie of het testinstituut een strengere eigen norm aanleggen. De economische en logische verantwoording van deze norm valt dan echter ten laste van de testorganisatie. Daarom verdient het aanbeveling dat het testinstituut eerst de normen in de verschillende landen zou nagaan om eventueel de strengste te kiezen en dat vooraf een studie zou worden gemaakt van het warenassortiment en van de in reclame, andere onderzoeken en dergelijke, beweerde eigenschappen van elk produkt.

Uit dit alles blijkt dat een pasklare oplossing voor het probleem van het uitsluiten van de produkten van welbepaalde producenten niet theoretisch kan worden geformuleerd. Mogelijke rechtvaardigingen voor de onvolledigheid kunnen uit bovenstaande overwegingen worden geput, doch veel zal afhangen van de concrete omstandigheden en de appreciatie van de rechter.

157. Hierboven werd er steeds van uitgegaan dat het niet onderzoeken van bepaalde produkten principieel onrechtmatig is en dit slechts gerechtvaardigd is zo bijzondere omstandigheden zijn vervuld. Dit behoeft echter enige nadere toelichting. Valt namelijk de keuze van welke produkten men zal testen niet onder de ademsruimte die men aan het warenonderzoek garandeert? Kan de testorganisatie zich met succes op haar recht op kritiek beroepen om de onvolledigheid te rechtvaardigen? Principieel garandeert men de criticus een grote vrijheid bij de behandeling van het door hem gekozen onderwerp. Dit houdt ook in dat hij een bepaald afgerond gedeelte van een groter geheel mag bespreken. Eens echter deze grenzen getrokken, eisen de rechtbanken dat de behandeling van het onderwerp, vooral wanneer daardoor schade kan worden toegebracht aan een ander, dat de behandeling van het onderwerp zo volledig

mogelijk gebeure (866). Daarbij mag niet de schijn worden gewekt dat het onderzoek volledig is (867). Of mogen noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks niet-onderzochte produkten in de test worden geëvalueerd (868).

Hoe bezwarend al de hogerstaande opwerpingen ook mogen klinken, toch lijkt het zo te zijn dat in rechte, los van bijkomende omstandigheden, de testorganisatie geen fout begaat door niet alle produkten te testen die op de markt aanwezig zijn en binnen het kader getrokken voor het onderzoek vallen. De testorganisatie heeft geen in rechte gesanctioneerde verplichting tegenover de ondernemers om hun produkten te testen, omdat zij daartoe in aanmerking komen: dit verhindert de persvrijheid en de vrijheid van kritiek. Daarvolgens is het onmogelijk dat een persorgaan zou kunnen gedwongen worden over bepaalde feiten of gebeurtenissen of personen te rapporteren, behoudens zo bijkomende omstandigheden het belang van de persoon die een bespreking eist zwaarder doen wegen dan de

(866) Aldus voor de aansprakelijkheid van historici: Rb. Brussel, 29 april 1952, Pas., 1952, III, 121.

Nederland: MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION, Onrechtmatige daad, IX, nr. 49.6 en de verwijzingen.

Duitsland: WENZEL, o.c., ber. 187 e.v. en de verwijzingen.

(867) Vgl. Kooph. Brussel, 26 jan. 1935, J.C.B., 1935, 277, id., 29 okt. 1932, J.C.B., 1932, 361; POIRIER, o.c., blz. 217; DALCQ, Traité, nr. 742 met verdere verwijzingen; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige Daad, IX, nr. 49.6 met verwijzingen; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 351 bij § 1 UWG.

(868) Zie over het bewust weglaten van een hotel uit de lijst verstrekt door een frans syndicaat d'initiative, wegens klachten erover ontvangen: Cass. fr., 8 dec. 1968, D., 1969, 253, noot COUVROT, J.C.P., 1969, II, 15787, noot R.L., dat de weglating goedkeurt, zo de omstandigheden dit rechtvaardigen. De beide annotatoren staan hiertegenover erg huiverachtig.

belangen van het persorgaan. Ook het belang dat elkeen heeft van onrechtmatige schadetoebrenging gevrijwaard te blijven, i.c. het recht op een vrije en zo ongestoord mogelijke uitoefening der handelsactiviteit, kan geen verplichting tot opname in een onderzoek bewerken. Daarvolgens heeft elk ondernemer die in een onderzoek betrokken wordt wel een recht op gelijke, niet willekeurige behandeling, doch dit gaat niet zo ver dat eenieder wiens producten kunnen besproken worden, een aanspraak zou hebben op gelijke behandeling vanwege een buiten de mededinging staande organisatie. Bovendien is de gelijkheid inzake behandeling in niet geringe mate gerealiseerd: immers, in de normale hypothese worden allen die in het onderzoek werden opgenomen gelijk behandeld, en allen die niet in het onderzoek werden opgenomen eveneens. Buiten gevallen van werkelijk misbruik vanwege de testorganisatie, zou een aanspraak tot opname al te excessief zijn en kunnen geweerd worden door de persvrijheid. De grondwettelijk vastgelegde gelijkheids-eis strekt zich niet zover uit dat hij, ongeacht de concrete omstandigheden, zou vermogen de persvrijheid en de vrijheid van kritiek in hoofde van de testorganisatie te kunnen beperken (869). Bepalend hiervoor lijkt dat de testorganisatie geen mededinger is der betrokken ondernemers en dat aan haar activiteit niet dezelfde betekenis kan toegekend worden als aan de marktordenende overheidsactiviteit. Zij is ook geen gezagspersoon en beschikt evenmin over een economische machtspositie in de zin van het kartelrecht. Daarom moet, behoudens bijzondere omstandigheden, bij een afweging van haar recht op kritiek en het recht der ondernemers op een vrije en ongestoorde bedrijfsuitoefening, de voorrang worden verleend aan het belang der testorganisatie. Eventuele per-

(869) De rechtspraak omtrent de privaatrechtelijke draagwijdte van art. 6 G.W. vormt derhalve geen argument. Zie daarover: VAN GERVEN, Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht, S.E.W., 1971, 404 (408 e.v.). Vgl. G. VAN HECKE, noot sub Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1948, J.T., 1948, 409 (411); BOUKEMA P.J., o.c., blz. 208 e.v. (Nederland) en blz. 82 (Duitsland) met verwijzingen.

soonlijksheidsrechten der niet vermelde ondernemers of ondernemingen worden niet beroerd, precies omdat geen vermelding plaats grijpt. Alleen kan opgeworpen worden dat het ingeroepen recht op vrije meningsuiting en kritiek van de testorganisatie verzwakt wordt doordat zij in zekere mate onvolledige informatie verstrekt aan haar publiek. Het feit dat zij haar recht niet volledig uitoefent, doet dit echter niet teloorgaan en dwingt niet tot de conclusie dat het daarom geringer zou moeten worden gewaardeerd dan de belangen van de ondernemers. Dit blijkt des te duidelijker zo het testbericht op één of andere manier de onvolledigheid tot uitdrukking brengt en valse meningsvorming bij het lezende publiek ten aanzien van de produkten die niet werden onderzocht, tegengaat. Wat betreft het Duitse recht wordt de vraag door KATZENBERGER (870) opgelost uitgaande van het onderscheid dat er bestaat tussen de economisch gefundeerde vaststelling dat de onvolledige test de producent van niet-geteste waren benadeelt, doch naar zijn mening miskent zulke test het recht op de onderneming en de economische activiteit van de producent of de verdeler niet.

"Nach wie vor muss ein Unternehmen, dessen Interessen verletzt sind, ein Recht zum Verbot dieser Verletzung besitzen, muss der Tatbestand eines Eingriffs in das Recht am Unternehmen erfüllt sein, bevor sich die Frage der Rechtswidrigkeit der Interessenverletzung stellt. Das Recht am Unternehmen schützt auch in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung gerade solche Interessen nicht, die seine Qualität als subjektives, absolutes Recht zweifelhaft erscheinen lassen. Er schützt auch nicht das Interesse eines in einem Auswahltest übergangenen Unternehmens an der Einbeziehung in der Test oder an der Unterlassung des Auswahltests, er schützt nicht das Interesse eines Unternehmens an einer bestimmten Wettbewerbs-

(870) o.c., blz. 168 e.v.

situation. (...) Auf dem Gebiet des Wettbewerbskampfes verneint die Rechtsprechung den Tatbestand einer Verletzung des Rechtes am Unternehmen unter anderem dann, wenn lediglich die Wettbewerbssituation eines Konkurrenten durch lautere oder unlautere Mittel verbessert wird, ohne dass zugleich eine direkte Beeinträchtigung eines bestimmten Wettbewerbers durch Behinderung, Rufverletzung, Ausbeutung oder Ähnliches vorliegt. Ueberträgt man dieses Ergebnis auf das Gebiet des allgemeinen Deliktsrechts, so ist ein Eingriff in das Recht am Unternehmen dann nicht zu bejahen, wenn durch irgendeine Handlung eines Dritten die Wettbewerbssituation eines bestimmten Wettbewerbers verbessert und als Folge hiervon die eines anderen verschlechtert wird und nicht zugleich ein direkter Angriff auf diesen, etwa durch Rufverletzung oder Behinderung gegeben ist. Gerade dies aber ist Charakteristikum des wettbewerbsneutralen, vergleichenden Auswahltests in Richtung auf solche Unternehmen, deren Erzeugnisse nicht getestet werden. Diese Unternehmen erleiden einen Wettbewerbsnachteil allein deshalb, weil die Wettbewerbssituation eines oder auch mehrerer Konkurrenten verbessert wird." (871).

Of deze opinie op het Belgische en het Nederlandse recht kan overgedragen worden, mag twijfelachtig heten. Niet alleen kennen beide rechtsordes geen dermate uitgebouwd recht op de handelszaak en de economische activiteit, bovendien is de idee van relatieve onrechtmatigheid het Belgische recht totaal vreemd. Voor het Nederlandse recht kan men opmerken dat de rechtspraak bij de vaststelling van de rechtmatigheid van de schadetoebrenging op het betamelijke in het maatschappelijke verkeer de nadruk legt en - althans inzake oneerlijke mededinging - vooral uitgaat van een zo efficiënt mogelijk verzekeren van gelijkheid inzake afzetmogelijkheden, terwijl de rechtspraak op als buiten het domein der oneerlijke mededinging zelden preciseert wat inhoudelijk wordt ver-

staan onder een anders persoon of goed (872).

Gezien het hypothetisch karakter der schade kan voor vergoeding nooit in aanmerking komen de schade van een ondernemer wiens produkten, waren ze getest, slecht of minder goed zouden beoordeeld zijn dan de meerderheid der in het onderzoek opgenomen produkten (873).

158. Bij de keuze der te vergelijken produkten is ook vereist dat men produkten neemt die vergelijkbaar zijn, willen zij in eenzelfde onderzoek worden betrokken en in eenzelfde publicatie opgenomen.

Het criterium om de vergelijkbaarheid der onderzochte produkten te bepalen, ligt in de concrete opzet van het onderzoek en wordt door de omschrijving daarvan bepaald: de economische substitueerbaarheid is daarbij de maatstaf (874). Hoewel de ademruimte hier ook bescherming biedt, toch moet de testorganisatie een redelijke gedragslijn volgen. Indien zeer brede grenzen aan het onderzoek worden gesteld, zal niet alleen de volledigheid daaronder lijden, maar kan ook de vergelijkbaarheid der onderzochte produkten eventueel onvoldoende zijn. Zo kan het gebrek aan vergelijkbaarheid der opgenomen produkten volgen uit het feit dat de produkten verschillende kenmerken bezitten, via zeer verschillende fabricatiemethodes werden vervaardigd of uit zeer verschillende prijsklas-

(872) Zie bv. Hof 's Gravenhage, 7 nov. 1973, N.J., 1974, 164 en de rechtspraak bij MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, nr. 42 e.v.; ULMER-BAEUMER-VAN MAANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, blz. 71.

(873) Vgl. RONSE J., Aanspraak, blz. 106 e.v.; ID., La notion du dommage : lésion d'intérêt, noot sub Cass., 2 mei 1955, R.C.J.B., 1957, 99 (110 e.v.); ASSER-RUTTEN, o.c., III/2, blz. 477 e.v.; PITLO, o.c., blz. 232 e.v.;

(874) DITGEN, o.c., blz. 124.

sen stammen. In ieder geval is de vergelijkbaarheid onvoldoende zo de produkten niet voor eenzelfde doel kunnen worden gebruikt. Aldus werd het vergelijken van confectiekostuums met maatconfectie onrechtmatig geacht (875), alsook het vergelijken van waren uit totaal verschillende prijsklassen (876), tenzij zo de vergelijkbaarheid daaronder niet lijdt en de prijsfactor mede in het onderzoek wordt betrokken door een duidelijke verhouding tussen prijs en kwaliteit aan te tonen (877).

159. De in aanmerking komende testinstituten en de wijze van onderzoek.

Indien dan door de testorganisatie gezorgd is voor het verwerven van het te testen materiaal, wordt dit ter beschikking gesteld van een testinstituut dat het eigenlijke, technische onderzoek zal doorvoeren.

Hierbij rijst het probleem van de in aanmerking komende instanties: laboratoria, individuele deskundigen of proefpersonen. Bovendien kan men in de aard van de onderzoeken onderscheiden tussen metingen en proeven. Metingen betreffen het geheel der fysische vaststellingen, scheikundige analyses en rekenverrichtingen; proeven gaan het geheel der praktische gebruiks- of verbruikseigenschappen na (878).

(875) LG Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (179), Anzugtest; vgl. BGH, 18 dec. 1962, GRUR, 1963, 277, noot FREIEN VON ERFFA, Maris.

(876) Zie de rechtspraak in vorige noot en verder : BUSSMANN, a.c., blz. 82; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 75 bij § 1 UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 477; RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030); ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 20.

(877) LG Düsseldorf, 29 sept. 1964, WRP, 1965, 144, Kühlschranktest; VOLP, a.c., WRP, 1963, 109 (115).

(878) BRENNECKE, o.c., blz. 112-125 en vooral blz. 114 en 118; Prüfordnung des Instituts für Warenprüfung des AGV, § 12 e.v., geciteerd bij KARSTENS, o.c., blz. 85.

Bij dit onderzoek is het irrelevant of de testorganisatie een eigen testinstituut heeft, dat metingen en proeven doorvoert, dan wel of zij dit aan een andere, niet met haar verbonden of slechts geringe bindingen met haar onderhoudende testinstantie toevertrouwt.

Als algemene regel geldt immers dat de testorganisatie volledig aansprakelijk is voor het door haar gekozen testinstituut (879).

Daaraan kan geen twijfel bestaan, aangezien het de testorganisatie is die door de publicatie de resultaten openbaar maakt en zij dit doet om haar doelstellingen van voorlichting te realiseren.

Voordien is geen geding om dreigende schade te voorkomen mogelijk: het lijkt moeilijk voorstelbaar dat de producent het volledige bewijs, vereist door de aansprakelijkheidswetgeving, vóór de publicatie zou kunnen leveren (880). Bovendien moet er mee rekening gehouden worden dat de rechtbanken weigerachtig staan én tegenover het bevelen van publicatiebelemmerende maatregelen, vooral wanneer dit in kortgeding zou dienen te gebeuren, én tegenover het beoordelen van de deskundigheid van de personen die het onderzoek doorvoeren (881).

(879) Brussel, 25 juli 1874, B.J., 1875, 804; Antwerpen, 7 dec. 1887, Pas., 1888, III, 95; Kooph. Brussel, 29 okt. 1932, P.P., 1933, 142; Rb. Brussel, 21 febr. 1934, J.T., 1934, 236. BGH, 20 juni 1969, GRUR, 1969, 624, noot KRIEGER, Hormoncreme; BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 1968, 645, Pelzversand; OLG Stuttgart, 12 sept. 1963, NJW, 1964, 48; LG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd. Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962, GRUR AIT, 1962, 511 en 15 aug. 1968, niet gepubliceerd. Pres. Rb. Utrecht, 9 april 1973, N.J., 1973, 392. WENZEL, a.c., GRUR, 1968, 626 (627); KELLER, o.c., blz. 48.

(880) Zie ter vergelijking: Pres. Rb. 's Gravenhage, 30 juli 1973, niet gepubliceerd.

(881) Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (155), Picolo; Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 155, Mazobel; BGH, 26 juni 1966, NJW, 1966, 2010, Teppichkehrmaschine; LG Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (179), Anzugtest; Rb. 's Gravenhage, 30 sept. 1968, N.J., 1969, 443, The Indiana.

Ook kunnen er uit het auteursrecht bezwaren worden aangevoerd, zo het testbericht auteursrechtelijke bescherming kan genieten. Voor de openbaarmaking is geen oordeel over het werk mogelijk, vermits de auteur vrij beslist of, hoe en wanneer hij tot openbaarmaking zal overgaan. Het recht daarover te beslissen heeft een persoonlijkheidsgebonden karakter (882).

Indien de testorganisatie een laboratorium kiest, oordeelt zij vooral op grond van de ervaring die dit laboratorium heeft, terwijl ook de mogelijkheden, de onkosten en de kwaliteit van het onderzoek belangrijk zijn (883). De grote moeilijkheid lijkt daarbij te zijn dat de laboratoria grote moeilijkheden hebben met het doorvoeren van onderzoeken die totaal consumentengericht zijn en soms, wegens het gebruik van beproefde methodes, totaal waardeloze onderzoeken aan de testorganisatie afleveren, omdat zij geen naar de werkelijke noden van de consument gerichte voorlichting bieden. Vaak moeten totaal nieuwe, eigen normen worden gezocht om het nut voor de consument rechtstreeks na te gaan. Een andere moeilijkheid volgt uit het feit dat de beschikbare apparatuur slechts een gesimuleerd gebruik onderzoekt dat verschilt van het normale gebruik. De bekomen resultaten kunnen dan algemeen aanvaard zijn en toch niet voldoen aan de noden van een zo ernstig mogelijk opgevatte verbruikersvoorlichting. Zo had de President van de Haagse rechtbank in de Lexington-zaak bezwaar tegen de wijze waarop de nederlandse Consumentenbond de machine om sigaretten te roken had ingesteld, daar rookfrequentie en rookvolume waarvan het onderzoek uitging, niet

(883) MITCHELL, a.c., IOCU-Bulletin, 1962, nr. 15, 11 (13); CROWTHER, a.c., International Consumer, 1965, nr. 5-6, 2 (3); MUNCHPERERSEN, a.c., International Consumer, 1966, nr. 4-5, 14.

(882) § 12 URG; HUBMANN, Urheber- und Verlagsrecht, blz. 144; VON GAMM, Urheberrechtsgesetz, blz. 301. Vgl. Art. 1, NL. Auteurswet en art. 9 Belgische auteurswet.

beantwoordden aan het normale rookgedrag van de "gemiddelde" roker, doch veeleer van de zware roker (884). Zo houdt de machine die kogelpennen leegschrijft op een rol er geen rekening mee dat de ene inktsoort sneller dan de andere uitdroogt, zodat de gebruiksduur voor de consument beperkter is dan de machine laat uitschijnen. Zo heeft de Consumers' Association ooit mensen gehoord om over tapijten te lopen en aldus de slijtage ervan na te gaan (885).

Dit ernstig nemen van haar taak zou echter haar risico's in een proces verwikkeld te raken wel eens kunnen verhogen, doordat de rechter geneigd zou kunnen zijn gehoor te geven aan producenten die klagen over de afwijking van de in hun branche algemeen aanvaarde methodes (886). Dan zal de verbruikersorganisatie vaak het bewijs dienen te leveren dat haar methode vanuit consumentenstandpunt wetenschappelijk verantwoord was (887). Volgde zij echter de algemene praktijk van de branche waarin het onderzochte produkt zich situeert, dan loopt zij minder gevaar in een geding verwikkeld te raken en zo de bewijsvoering haar veel gemakkelijker kunnen vallen op dit punt.

Het belangrijkste is in dit verband, dat het onderzoek in dezelfde omstandigheden moet kunnen overgedaan worden en goed omschreven, bepaald moet zijn, zodat duidelijk naar voor komt welke de kwaliteiten van het produkt zijn (888). De grote eis die aan iedere

(884) Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 juli 1962, GRUR AIT, 1962, 511.

(885) MITCHELL, a.c., IOCU-Bulletin, 1962, nr. 15, 11 (14); BRENNECKE, o.c., blz. 121 e.v.

(886) Anders: OLG Düsseldorf, 10 jan. 1973, NJW, 1973, 572.

(887) Niet kan worden geëist dat de testorganisatie zou aantonen dat de gebruikte methode beter of meer geschikt of evenwaardig was aan deze door de producenten algemeen gebruikt. Zulk bewijs kan niet worden verlangd omwille van de ademruimte.

(888) BRYNHILL, Some general aspects on product testing, International Consumer, 1965, nr. 5-6, 8 (9); Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., 11, nr. 352 bij § 1 UWG; Rapport van de Commissie ter .../...

methode moet worden gesteld is dat zij betrouwbare informatie die de consument nuttig is, moet kunnen verstrekken. Vandaar uit moet men haar essentie en haar concrete uitbouw beoordelen. Vragen over de verhoudingen tussen de verschillende methodes zijn daaraan ondergeschikt. Indien men echter terzelfdertijd volgens verschillende methodes een onderzoek doorvoert, dan dringt zich op dat men zou kiezen tussen de bekomen resultaten, indien de gebruikte methodes onderling verschillende tolerantiegrenzen uitwijzen (889).

Indien een individueel deskundige wordt aangesteld, gelden ongeveer dezelfde moeilijkheden als voor laboratoria, al zal het probleem van de mogelijkheden die zulk onderzoek biedt, zich hier wel scherper stellen. Een voordeel kan zijn dat de deskundige een bekend specialist op een bepaald terrein kan zijn zodat men bij voorbaat weet dat hij goed werk zal presteren (890). Hier echter stelt de beoordeling door de vakman enige problemen, vermits daardoor subjectieve bestanddelen in het onderzoek binnendringen. Zo werd medebepalend geacht voor de aansprakelijkheid van een testorganisatie, het feit dat aan een kleermaker van maatkostuums het onderzoek van confectiekostuums werd opgedragen (891).

Nochtans dient te worden opgemerkt dat zulke beoordeling die op bekwaamheid en ervaring stoelt niet willekeurig is, maar waarschijnlijk algemene waarde bezit (892). Bovendien beoordeelt de

.../...bestudering van het vraagstuk der sluikreclame in televisieuitzendingen, Bijlage D, blz. 2.

(889) OLG Düsseldorf, 10 jan. 1973, NJW, 1973, 572.

(890) Vgl. SER-advies, blz. 19; vgl. art. 15, Wetsvoorstel tot instelling van een Nationaal Instituut voor de Verbruikers, Parl. Besch., Kamer, 1974-75, nr. 392-1.

(891) LG Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (178), Anzugtest.

(892) BRENNECKE, o.c., blz. 116.

rechtbank hier rechtstreeks de deskundigheid der aangestelde deskundige, namelijk door aan te nemen dat een kleermaker van maatkostuums andere maatstaven aanlegt dan voor confectiekostuums normaal worden aangelegd. Uit het Anzugtest-geval blijkt dat een aanbeveling voorzichtigheid vereist in het geval dat zij enkel steunt op de bevindingen van een vakman, en dat men dan slechts een waardering van het onderzochte zou mogen geven zo concrete vergelijkingsmaatstaven voorhanden zijn. Het nut van zulke onderzoeken mag ook niet overdreven worden en er beslissende kracht aan toekennen bij de redactie van het onderzoek is gevaarlijk (892). Indien een individuele deskundige wordt ingezet voor gebruikspoeven dan mag van hem worden verwacht dat hij deze voorvoert met de kundigheid van een op het onderzochte terrein ervaren consument (894).

Bij de algemene gebruikspoeven kunnen proefpersonen worden ingezet, alhoewel een gedeelte daarvan ook door laboratorium- of deskundigenonderzoek zou kunnen worden doorgevoerd.

Centraal probleem hierbij is dat men zoveel als maar mogelijk is moet verhinderen dat de proefpersoon een resultaat mededeelt dat subjectief vertekend is. Er is immers automatisch de bekommernis bij de ingezette personen om hun taak ernstig waar te nemen en de testorganisatie voldoening te schenken; dit kan ertoe leiden dat de proefpersoon als gevonden resultaat mededeelt wat hij meent dat best de testorganisatie zal voldoen in plaats van datgene

(893) BRENNECKE, o.c., blz. 117.

(894) Rb. 's Gravenhage, 23 febr. 1970, niet gepubliceerd, eindvonnis The Indiana: 'dat derhalve als ten processe vaststaand kan gelden dat de van eiser afkomstige tent, zoals die was geleverd, bij het vergelijkend onderzoek naar de windvastheid der onderscheiden tenten, overeenkomstig de kundigheid van een ervaren kampeerder, dus goed, is opgezet;'

wat hij waarneemt.

Ook op bepaalde afwijkende gewoonten in het gebruik van het te onderzoeken produkt dienen de proefpersonen te worden geobserveerd, terwijl vooringenomenheid tegenover bepaalde aspecten van het produkt zou moeten worden geregistreerd, zodat, bij veelvuldig voorkomen ervan, in de publicatie daarover kan worden gerapporteerd (895). Een daarmee correlaire vraag die zich reeds stelt bij de keuze van de proefpersonen, is de mate waarin men van dezen handigheid of vertrouwdheid met het te gebruiken produkt zal verlangen (896) en hoe men deze zal beoordelen, omdat het gebruik door een onhandig of helemaal niet met het produkt vertrouwde persoon de ogen kan openen voor zeer ernstige tekortkomingen, die andere personen niet eens opmerken (897). Anderzijds zullen de ondervindingen van beide categorieën van personen zo diametraal tegenover elkaar staan dat het moeilijk kan zijn daarover een synthese op te bouwen.

Bovendien is er het probleem in hoeverre moet rekening worden gehouden met de door de producent verschaftte gebruiksaanwijzing. Is deze onduidelijk dan kan het produkt voor een groot gedeelte van de kopers onbruikbaar zijn (898). Ook al moet worden rekening

(895) Vgl. IG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd, waaruit geciteerd in noot 2 op volgende bladzijde.

(896) Nog afgezien van het feit dat de aangezochte persoon zich sterk kan vergissen in zijn eigen capaciteiten. De eis van vertrouwdheid met het produkt stellen: GEIGER en HEYN, a.c., MA, 1963, 487 (488).

(897) Bv. de speciale moeilijkheden welke linkshandigen ondervinden bij het gebruik van het onderzochte produkt.

(898) De aanwijzingen door de producent gegeven, kunnen zijn (contractuele of quasi-delictuele) aansprakelijkheid in het gedrang brengen tegenover de koper. Vgl. Kooph. Brussel, 15 nov. 1909, Pas., 1910, III, 377; BGH, 21 juni 1967, GRUR, 1968, 200, acrylglas; H.R., 25 maart 1966, N.J., 1966, 279, HIM-Moffenkit. Daarover: BURMANN Hans F., Haftung für Werbung und Wettbewerb, WRP, 1974, 68 e.v.; BEEKHUIS J., Produktenaansprakelijkheid, Op de grenzen van komend Recht, blz. 55, die deze een aansprakelijkheid voor gewekte schijn noemt.

gehouden met het feit dat bij ingewikkeld gebruik demonstraties aan de koper worden gegeven. Normaal moeten de aanwijzingen van de producent worden gevolgd en kan alleen worden aangestipt dat de gebruiksaanwijzing afwijkt van hetgeen gebruikelijk is voor het beschouwde soort van produkten.

Principe is dat het produkt slechts onderzocht kan worden op een normaal gebruik, namelijk een gebruik dat beantwoordt aan de normale bestemming van het produkt. Wel kan worden vermeld dat een gebruiksvoorwerp een algemeen ervan verwacht, bijkomend gebruik niet toelaat. Zo indien een blikopener niet terzelfdertijd ook als flessenopener voor kroonkurken kan dienst doen. Bovendien impliceert dit dat het gebruik in normale omstandigheden gebeurt, die zo dicht mogelijk deze van het dagelijkse leven benaderen en dat men door tijdsgebrek of speciale bedingen niet zou hervallen in het euvel dat men heeft willen vermijden, namelijk de onvolkomenheden van een gesimuleerd gebruik.

Hierbij moet de testorganisatie echter alles in het werk stellen om te voorkomen dat de proefpersonen persoonlijke voorkeuren tegenover bepaalde merken zouden laten doorwegen bij hun beoordeling. Zo zal men de merken en alle andere kenmerken die tot een concrete identificatie vanwege de testpersonen zouden kunnen leiden, verwijderen (899).

(899) LG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd: "Es widerspricht anerkannten Testgrundsätzen, dass die Beklagte den am Test teilnehmenden Personen die Strumpfhosen in Originalpackungen übergeben hat. Eine Neutralisierung der Strumpfhosenpackungen wäre erforderlich gewesen, um die Gefahr einer bewussten oder unbewussten Bevorzugung bestimmten Marken, insbesondere evtl. "Hausmarken" der Testpersonen zu vermeiden. Diese Gefahr ist vorliegend besonders gross, weil Frauen, die erfahrungsgemäss Strumpfhosen tragen, wie Frl. Baudisch die Testleiterin, auf Befragung seitens des Gerichts, selbst eingeräumt hat, häufig eine bestimmte, einmal gefundene Marke wegen der Schwierigkeit eine wirklich passende Strumpfhose zu finden, beibehalten."

Buiten de algemene gebruikspoeven zijn er nog vaak smaakpoeven die worden gebruikt om de organoleptische kwaliteiten van voedingsstoffen na te gaan. Hier schuilt een netelig probleem omdat de praktijk tegenover deze poeven vrij weigerachtig staat en deze poeven vaak slechts een aspect van het produkt betreffen dat louter bijkomstig nut oplevert. Soms echter is dit niet het geval en dienen deze poeven ingelast te worden omdat zij alleen het onderzoek van typische kwaliteitskenmerken mogelijk maken en men anders het te onderzoeken produkt niet kan testen (900).

Door het feit dat men op dit gebied totaal afhankelijk is van de persoon die zijn belevenis verwoordt, moet met een aantal psychologische factoren rekening gehouden (901) en kan, doordat de proefpersoon bij voorbaat weet dat hij zijn belevenis zal moeten verwoorden, de beleving zelf worden aangetast. Als voorafgaande veiligheidsmaatregel dienen de merken en andere herkenningstekens van de te onderzoeken produkten te worden verwijderd of zulke maatregelen te worden genomen dat de testpersoon geen weet heeft van de onderneming of het merk die het door hem onderzochte produkt op de markt brengt (902).

Daarnaast rijst het probleem dat men de geschikte persoon dient te vinden, die bekwaam is de smaakpoeven door te voeren. Niet alleen zullen dezen regelmatig opnieuw dienen te worden uitgekozen, maar bovendien staat de organoleptiek nog in haar kinderschoenen

(900) Tegen elke vorm van smaaktesten: BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c. 11, nr. 352 bij § 1 UWG met de overweging: "Es wäre ein Test der "Geschmäcker", nicht aber des Geschmacks."

(901) HEALY, Taste testing, International Consumer, 1963, nr. 23, 15; BAUCHE H., Der Geschmackstest und seine Problematik, blz. 22-24.

(902) LG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd.

(903), zodat vaak nieuwe methodes om de in aanmerking komende personen te selecteren, zullen moeten worden uitgedacht.

De consumentenorganisaties staan echter tamelijk sceptisch tegenover de individuele expert, die vaak door de industrie wordt gebruikt. Niet alleen zweeft er een goed deel aan mythologie over zijn deskundigheid, maar ook steunt hij meestal op meerdere zintuigen, zodat hij totaal onbetrouwbaar wordt naarmate hij minder sterk begint te reageren op bepaalde stimuli. Bovendien is er het delicate probleem van de mate waarin de smaak van de expert een weerspiegeling is van de smaak der grote massa (904). Daarbij mag worden gesteld dat de aansprakelijkheid van de testorganisatie hier zeer snel zal in het gedrang komen en zou het onvoorzichtig zijn, op grond van het oordeel van de expert alleen, een produkt af te raden of niet aan te bevelen.

Daarom selecteren de organisaties meestal een klein paneel van gecontroleerde deskundigen waarmee wordt getracht smaakverschillen op te sporen. Controle is noodzakelijk om fysiologische en psychologische beïnvloeding uit te schakelen. De antwoorden worden volgens bepaalde vastgestelde kwoteringen of volgens een cijferschaal

(903) De Belgische wetgeving verwijst nochtans meerdere malen naar organoleptische proeven in de wetgeving over voedingswaren en hun controle: Zie: art. 5, 3° M.B., 30 april 1938 houdende inrichting van een officiële en facultatieve controle van Herve-kaas; art. 7, M.B., 1 sept. 1949 houdende instelling van een officiële controle van de hoedanigheid van boter; art. 4, M.B., 14 jan. 1954 tot instelling van een officiële en verplichte controle van de melkpoeders; art. 2 § 3, K.B. 12 april 1955 betreffende de handel in mayonaise en soortgelijke produkten; art. 37 K.B. 21 sept. 1970 betreffende de keuring van en de handel in vlees van gevogelte; art. 8, K.B. 1 febr. 1971 betreffende voedingsgelatine. Voor de werkwijze der keurders, zie: M.B. 20 febr. 1962, keuringsreglement voor melkpoeders, onder C.

(904) HEALY, a.c., International Consumer, 1963, nr. 23, 5.

vastgelegd (905). Nochtans is er hier het bezwaar dat het moeilijk is zulk paneel samen te stellen en de in aanmerking komende personen te selecteren (906), terwijl slechts beperkte resultaten kunnen worden bekomen (907). Omdat men met zulk een paneel ook niet weten kan waarheen de voorkeur van het grote publiek gaat, gebruikt men zeer veel ongetrainde proefpersonen die representatief zijn voor de meerderheid van de bevolking (908). Gebruikt men toch een beperkt paneel dan kan het nodig zijn eerst na te gaan wat de grote massa wenst of verwacht van het produkt dat wordt onderzocht, omdat verschillen in opvatting in een klein paneel een mogelijk overdreven belang zou kunnen worden toegemeten waar dit in werkelijkheid niet zo is (909).

In al deze gevallen staat de testorganisatie natuurlijk in voor haar keuze en zal zij kunnen aansprakelijk gesteld worden, indien

(905) Zie de voorbeelden bij HEALY, a.c., l.c.; verder: What are the criteria for forming a panel for a user test on non-iron shirts ?, International Consumer, 1967, nr. 1, 22.

(906) Zie voor een onderzoek naar de bekwaamheid van personen om tabak te selecteren volgens smaak, de proeven bij de franse Régie des Tabacs waar men op 654 personen er 70 vond die goed konden onderscheiden: VESSEREAU, Une expérience pour tester l'aptitude à la dégustation des tabacs, Revue de Statistique appliquée, 1953, nr. 1, 74-81.

(907) Zie daaromtrent volgende tests van fonoplaten: 17 opnamen van de "Lentewijding", Test-Aankoop, 1970, nr. 94, 70 (73): jury van drie beroepsmensen, een conservatoriumleerlinge en een amateur-musicus; In het teken van het Beethovenjaar, Test-Aankoop, 1970, nr. 100, 272 zelfde samenstelling; De tragedie van Bartok, Test-aankoop, 1971, 18 (19) jury van zes personen; Bach in feeststemming, Test-Aankoop, 1971, nr. 113, 12: onze jury, bestaande uit 7 specialisten die gekozen werden omwille van hun bijzondere bevoegdheid; Houden zij van Brahms ?, Test-Aankoop, nr. 130, 17 (19) verwijzing naar vorige tests; Beethoven is Beethoven niet meer, Test-Aankoop, 1973, nr. 133, 24, geen vermelding.

(908) HEALY, a.c., l.c.; S.SUDMAN, On the Accuracy of Recording of Consumer Panels, Journal of Marketing Research, 1, 1964, 14-20 en 69-83.

(909) L G München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd "Bei der kleinen Anzahl von Testpersonen, die an dem Test teilgenommen haben, wirken sich evtl. fehlerhafte oder leichfertige Angaben von Testpersonen in starken Masse aus."

de proefpersonen opzettelijk, door nalatigheid of onbekwaamheid, verkeerde informatie zouden geven. Ook het aantal personen stelt problemen. Voor de uitgebreidheid van het paneel deskundigen geldt mutatis mutandis wat voor het aantal te onderzoeken exemplaren van elk produkt in het onderzoek werd gesteld, al is het zeer moeilijk om hier op statistische methodes voort te gaan (910). Aan te bevelen lijkt dat rekening zou gehouden worden met de eigen aard van het produkt en met de geboden mogelijkheden, waarbij dient opgemerkt dat het gemakkelijker is een paneel samen te stellen van deskundigen in het beluisteren van muziek als van personen die tabak kunnen proeven, wat ook een zekere geruststelling kan betekenen voor de testorganisatie (911). Een eenvoudige regel is wellicht het aantal proefpersonen en het aantal proefmonsters per produkt onderling te koppelen, doordat men bij de bepaling van hun aantal

hen onderling afhankelijk maakt.

Nochtans kan het gevaarlijk zijn alleen op grond van smaakproeven produkten aan te bevelen of af te raden (912), maar verdient het

(910) LG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd.

(911) In dit opzicht valt tegenspraak waar te nemen tussen twee tests der Verbruikersunie: Goede wijn behoeft geen krans, Test-Aankoop, 1972, nr. 119, 7 (11) : "Onze beoordeling werd geformuleerd door gevestigde wijnkenners, technici van de wijn..." en Waar zijn de krieken heen, waar zijn ze gebleven?, 1972, nr. 118, 24 (26): "...aan een jury van twaalf personen voorgesteld, bestaande uit een meerderheid van leken die dit bier slechts uitzonderlijk drinken." (met foto van de jury tijdens het proeven). Zelfs de prijzen zijn Schots, Test-Aankoop, 1972, 17 (19): twee jury's, een van ieder.

(912) Zie echter: Jam op de boterham, Test-Aankoop, 1971, nr. 106, 20 (24) en de test mayonaise in Der Test, dec. 1968, 29.

aanbeveling de smaakproeven apart te verwerken in het testbericht, als aanvullende informatie.

Aanbeveling verdient ook dat men over de wijze van uitkiezing en de samenstelling van de proefpersonen in het onderzoek enige aanwijzingen geeft (913).

160. Hoewel het bij de keuze van het testinstituut reeds medebepalend is, toch rijst het probleem der vakkundigheid pas naar zijn volle scherpste op het ogenblik dat de onderzoeken worden doorgevoerd. Het vereiste van vakkundigheid aan het testinstituut gesteld, beduidt dat de personen die de test doorvoeren de producten volgens de regels der kunst moeten kunnen ontleden of hun bestanddelen of gebruik volgens de opgegeven of ter beschikking gestelde criteria moeten kunnen onderzoeken (914).

Het onderzoek moet daarbij gans toegespitst zijn op de gebruikswaarde van het produkt. Daarmee wordt bedoeld het geheel der objectief vaststelbare eigenschappen en der subjectieve beoordelingen, die door de individuele behoeften der verbruikers zijn beïnvloed, waarbij het onderzoek zich beperkt tot objectief vaststelbare eigenschappen. Van deze eigenschappen die kunnen onderverdeeld worden in typische en niet-typische, moet de eerste categorie worden onderzocht (915). De kritiek op gegevens die de verbruiker helemaal niet

(913) Zie noot 3 op vorige blz. De meeste tests der Verbruikersunie vermelden echter niets omtrent de samenstelling van de jury.

(914) VULP, a.c., WRP, 1963, 109 (116); SONDERLAND, a.c., MA, 1955, 307; Rapport van de Commissie ter bestudering van het vraagstuk van de sluikreclame in televisieuitzendingen, Bijlage D, blz. 3.

(915) Definitie overgenomen uit het Beschluss van 9 dec. 1965 van de Ausschuss Gebrauchstauglichkeit im Deutschen Normenausschuss, geciteerd in Warentest. Aus der Sicht der Industrie und Handel, blz. 85. Daarover : ZINZEN, Gebrauchstauglichkeit - ein neuer Ausschuss im DNA, DIN-Mitteilungen, bd. 42 (1965), nr. 2, 1 e.v. Zie de norm DIN 66050 "Gebrauchstauglichkeit - Begriff."

interesseren, valt buiten het doel van de warentest, doch is daardoor nog niet ipso facto onrechtmatig (916), wel zo de test daardoor onjuist zou worden (917).

161 De gebruikte methode bij het onderzoek is het belangrijkste probleem dat rijst bij de beschrijving van de vereiste vak- kundig- heid.

Als eerste regel geldt dat de methode een uitspraak over de ge- bruiks- of verbruikswaarde moet toelaten en dus ook verbruiker- gericht moet zijn. Dit betekent dat de methode moet toelaten re- sultaten te bekomen die werkelijk nuttig zijn voor de consument doordat ze hem een beter inzicht geven in de relevante marktge- gevens en zijn aankoopbeslissing vergemakkelijken. Dit sluit met- een in dat de aangegeven methode verstaanbaar moet zijn voor de doorsnee-lezer. Hierdoor zal deze methode vaak afwijken van de in producentenkringen gebruikelijke controlemethodes, die dikwijls hun neerslag vinden in normen van een normalisatie-instituut. Het na- volgen van deze normen kan nooit aanleiding geven tot een geding, zelfs al zijn er meer adequate methodes voorhanden in functie van de consumentenvoorlichting. Gezien het doel en het wezen van de normalisatie kan de waarde van de norm niet in twijfel getrokken worden en bovendien kan worden ingeroepen dat de producent ook volgens de norm zijn gegevens zou moeten verzamelen bij zijn controle over de produktie (918).

(916) Contra: HEFFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (616).

(917) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 76 bij § 1 UWG, die daardoor op zijn vroeger standpunt terugkeerde. In de elfde druk van dit werk onderschrijft deze auteur echter weer zijn vroeger standpunt: zie nr. 352 bij § 1 UWG.

(918) Zie daarover: BECKER Walter, Die koordinierte Spezialisie- rung in der Industrie, blz. 11 e.v.; MAILLY, La normalisation, blz. 19; Brussel, 21 jan. 1969, Tijds. Aan., 1969, 219 e.v., noot M.A.FLAMME.

De vraag is echter of een bestaande norm van het nationale normalisatieinstituut of van een algemeen erkend instituut moet worden gevolgd. Vormt het een voldoende reden om het onderzoek als onvakkundig af te wijzen, daar een norm toch de deskundige beschrijving is van de stand van de techniek op het beschouwde terrein. Het is echter haast onmiddellijk duidelijk dat een algemene plicht tot het navolgen van deze normen niet bestaat (919): er is allereerst de bescherming geboden door de ademruimte waarbinnen de keuze van de normen zeer zeker valt; verder is een norm slechts bindend zo hij in de wetgeving wordt opgenomen (920). Maar het kan de verhelderende kracht van de zelf opgestelde norm ondermijnen zo er daarnaast een norm van een normalisatieinstituut bestaat. Dit is zeker zo indien de norm stamt van die afdeling die in sommige normalisatieinstituten zich speciaal naar de verbruikers richt (921).

(919) LG Düsseldorf, 29 sept. 1964, WRP, 1965, 144, bevestigd door OLG Düsseldorf, 2 april 1965, BB, 1965, 685, Kuhlschranktest. Vgl. DIN 66051, sub 2: "Zur Untersuchung sind DIN-Normen oder erforderlichenfalls andere anerkannte Regeln der Technik anzuwenden. Soweit Deutsche Normen oder Regeln der Technik nicht zugrunde gelegt werden können, sollen zur Untersuchung entsprechende Richtlinien internationaler Normenorganisationen oder ähnlicher Gremien herangezogen werden." Vgl. ook dezelfde norm, sub 4.

(920) De in België bestaande mogelijkheid van publicatie van een norm in het Staatsblad, maakt deze niet algemeen bindend.

(921) Een grote stap voorwaarts betekent de procedure in Nederland gevolgd door Konsumenten Kontakt dat aan het Nederlands Normalisatie Instituut verschillende verzoeken om meetmethodes voor een aantal artikelen te ontwerpen heeft gedaan. Zo ook in Duitsland waar in 1962 de Ausschuss Gebrauchstauglichkeit im Deutschen Normenausschuss werd opgericht, die zgn. Warentests-standards opstelt. Zie aldus bv. DIN 5495: "Messen, Prüfen, Zählen". De E.E.C.-commissie overwoog eveneens het (laten) opstellen van richtlijnen: Warentests nach EWG-Direktiven?, MA, 1970, 154; Zie ook: art. 2, B Wetsvoorstel tot instelling van een Nationaal Instituut voor de Verbruikers, Parl. Besch., Kamer, 1974-75, nr. 392-1.

Het kan in dit laatste geval dan ook aanbeveling verdienen de afwijking van zulke norm aan te geven (922) en te motiveren. Immers, zo de test andere, even ernstig te nemen onderzoeksmethodes ignoreert die tot andere resultaten hadden kunnen leiden, wordt hij onjuist, behoudens vermelding van dit beperkend karakter, omdat de indruk wordt gewekt als ging het om algemeen geldende, constante resultaten en om een onderzoeksmethode die, met uitsluiting van alle andere, de meest geëigende was voor de onderzochte produkten (922). Zo een zeer speciale, ongebruikelijke methode werd gekozen, moet daarop eveneens worden gewezen, zelfs zo er geen algemeen aanvaarde methodes voorhanden zijn (923), en moet deze logisch en betrouwbaar zijn en geen verkeerde voorstellingen opwekken of geen verkeerde of sterk aanvechtbare conclusies opdringen.

Zo is het verkeerd wetenschappelijk omstreden methodes of onvoldoende opgeloste of onderzochte problemen ongemotiveerd in het onderzoek te betrekken (924), indien de consument daardoor zou kunnen worden misleid. Veralgemeend komt dit neer op een verbod van het voorwenden van een bijzonder nauwkeurig onderzoek, omdat men zulk onderzoek algemeen aanziet als doorgevoerd volgens de meest aangewezen, onaanvechtbare methodes. Daarvolgens kan het

(922) TETZNER, a.c., NJW, 1965, 725 (728), meent dat de afwijking van een norm steeds dient te worden aangegeven.

(923) Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962, GRUR AIT, 1962, 511 e.v..

(923) OLG Celle, 23 juli 1964, BB, 1964, 910; WENZEL, o.c., blz. 196; HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (617).

(924) BUSSMANN, Wissenschaftliche Arbeiten und Wissenschaftler im Wettbewerb, WRP, 1956, 121 e.v.; VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 60 met verdere verwijzingen.

onontbeerlijk om minstens ook volgens de bestaande norm hetoewenderzoek of een gedeelte daarvan door te voeren, indien namelijk de produktie er totaal of in een werkelijk determinerende mate op is gebouwd (925). Natuurlijk moet bij het zoeken naar een methode en bij de latere beoordeling ervan de mogelijkheid bestaan de onderzochte produkten volgens deze methode nog opnieuw te onderzoeken. De methode mag niet eenmalig zijn, wat zou neerkomen op willekeur, daar de resultaten dan totaal plaats- en tijdsgebonden zouden zijn (926).

Als een goede toepassing hiervan kan het arrest van het OLG Düsseldorf worden aangehaald (927) dat stelt dat het niet navolgen der in aanmerking komende DIN-normen bij de doorvoering van een vergelijkend warenonderzoek het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid (art. 823, 1 BGB) niet krenkt doordat art. 5 GG dat de vrije meningsuiting waarborgt, primeert en de inbreuk verschoont, zolang de aangewende maatstaf een verstandelijke beoordeling mogelijk laat en verhelderend is voor de verbruikers.

Het vroeger gemaakte voorbehoud dient hier evenwel verder omschreven. Als immers door samenwerking tussen de verschillende belanghebbenden en na waardevol en soms moeizaam onderzoek, uiteindelijk een norm tot stand komt, dan zou deze moeten gevolgd worden, indien bij de opstelling ervan werkelijk met de belangen der ver-

(925) IG München, 16 maart 1971, niet gepubliceerd : "Es ist zwar richtig, dass nicht alle Frauen 164 cm gross sind. Die DOB-Norm stellt aber einen Mittelwert dar. Nicht möglich ist es, wie die Beklagte will, nur die grösseren Frauen zu berücksichtigen (...), nicht aber die kleineren (...)."

(926) KLUY, in ULMER et alii, o.c., blz. 39 (41).

(927) OLG Düsseldorf, 2 april 1965, BB, 1965, 685. Goedkeurend: BOFINGER, a.o., NJW, 1965, 1833 (1834).

bruikers is rekening gehouden of zo de normen speciaal ten gebruike van waretestinstituten werden geformuleerd (928).

Wordt zulke norm niet gevolgd, dan wordt de verhelderende kracht die van het zelf opgestelde criterium kan uitgaan, bij voorbaat ondermijnd, doordat verwarring met de norm van het normalisatie-instituut steeds te duchten valt, al mag men deze mogelijkheid niet overdrijven, gezien de verregaande onbekendheid van de consumenten met het bestaan der normalisatie. Minstens echter moet men aanvaarden dat de bestaande norm aan de rechtbank een vaststaand bewijs levert van wat de courante praktijk is tot tegenbewijs daarvan (929). Daarom is het mogelijk dat een afwijking van de norm uitzonderlijk en gerechtvaardigd moet zijn om aanvaardbaar te zijn. Nochtans dienen aan deze rechtvaardiging geen te strenge eisen te worden gesteld: het feit dat producenten zelf de norm niet volgden, dat de norm niet verbruikersgericht is of dat de kwaliteitsdrempels door de norm gesteld, te laag zijn in verhouding tot de technische evolutie, zou aldus voldoende zijn. Voorzichtigheidshalve dient men deze afwijking van de norm dan te om schrijven (930). Dat de bewijslast in deze aangelegenheid bij de testende berust, hoeft geen betoog.

Indien de wet een bepaalde methode vaststelt voor het onderzoek van bepaalde waren, dan geldt hetgeen hiervoor werd gesteld nog in sterkere mate (931).

(928) Vgl. BROICHHAUSEN, Umstrittene Warentests, MA, 1962, 836.

(929) De goede praktijk en de normalisatie, BIN-revue, 1958, 315; Cass., 6 nov. 1959, Pas., 1960, I, 277; Brussel, 21 jan. 1969, Tijds.Aan., 1969, 219 noot M.A. Flamme.

Vgl. Test-Aankoop, 1972, nr. 123, 13: "Bij gebrek aan een wettelijke norm, steunen wij dus op die welke de brouwers zelf bepalen. De Belgische categorieën zijn de volgende: ...".

(930) TETZNER, a.c., NJW, 1965, 725 (728).

(931) Zie de verschillende besluiten opgenomen in W.VAN GERVEN, Wetboek Financieel en Economisch Recht, deel V, b. Zie voor Nederland: Warenwet, deel II, bewerkt door P.L.DE WEEVER et H.T.M.BLEYS, Nederlandse Staatswetten, Ed.Schuurman en Jordens, nr. 99, II.

Al deze regels zullen echter niet kunnen verhinderen dat verschillende testinstituten over dezelfde produkten tot verschillende resultaten komen. Zo grote zekerheid, die alle verdere verschillen in optiek bij het onderzoek zou kunnen overbruggen, kan geen enkele methode bieden. Ook hier moet een ademruimte gegarandeerd worden: tenslotte moet men de methode niet om zichzelf gaan beoordelen, maar ontleent zij haar reden van bestaan aan de erdoor bekomen of bekoombare resultaten. Zijn deze onaanvechtbaar, dan kan hoogstens een rechtzetting volgens het recht op antwoord volgen en valt de schade alleen aan de zijde van het testinstituut of de testorganisatie, aan wier reputatie afbreuk wordt gedaan. Bij twijfel aan de methode en uit voorzichtigheid waar er geen erkende onderzoeksmethodes bestaan, kan het aldus aangewezen zijn eerst de producenten over de vooropgestelde methode te raadplegen (932)

Een belangrijk probleem dat hierbij rijst is dat van de aanpassing aan de nationale markt van een buitenlandse test. Dit zal steeds nodig zijn omdat moet nagegaan worden of de onderzochte merkartikelen op de buitenlandse markt hetzelfde is als op de markt in het land van de overnemende testorganisatie. Daartoe kan het nemen van inlichtingen bij de fabrikant erg nuttig zijn. Indien nochtans de uiterlijke karakteristieken van het merkartikel (merk, typenaam, de belangrijkste karakteristieken aangegeven in de reclame) overeenstemmen voor beide produkten verkocht op

(932) S.E.R.-advies over het vergelijkend warenonderzoek, blz.17. Zie evenwel art.4, K.B. 9 sept. 1974 betreffende bepaalde methoden voor de kwantitatieve analyse van ternaire mengsels van textielvezels (Staatsbl., 25 sept. 1974): "Voor de controle op ternaire mengsels waarvoor op het communautaire vlak geen uniforme analysemethode bestaat, bepaalt het Centraal Laboratorium van het Ministerie van Economische Zaken de samenstelling van die mengsels met behulp van iedere geldige methode die tot zijn beschikking staat, en met vermelding in het verslag van de analyse van de nauwkeurigheid van de methode, voor zover zij bekend is."

verschillende nationale markten, dan geniet de overnemende testorganisatie van een vermoeden van overeenstemming en moet de producent of zijn licentiehouder bewijzen dat de daardoor gewekte schijn onvoldoende was om de overeenstemming te aanvaarden. Indien de test wordt aangevuld met produkten die in de oorspronkelijke test niet voorkwamen, dan dient dit onderzoek te gebeuren volgens dezelfde methodes en in dezelfde voorwaarden als de test die aan de basis ligt van het overgenomen testbericht. Of daardoor de verplichting ontstaat deze aanvullende proeven in hetzelfde laboratorium te laten plaats vinden of door dezelfde proefpersonen mag betwijfeld worden (933), zo niet blijkt uit de concrete omstandigheden dat dit noodzakelijk was voor de gelijkwaardigheid der onderzoeken. Voor smaakproeven zal dit steeds het geval zijn, alhoewel het op dit terrein kan aangewezen zijn, omwille van het verschil in land, bevolking, gewoonten, etc., de smaakproeven voor alle opgenomen produkten door een nieuwe, nationale jury te laten beoordelen, eventueel volgens gewijzigde criteria.

Komt een produkt van een bepaald merk of type op de nationale markt van de overnemende testorganisatie niet voor, hoewel het in de overgenomen test wordt betrokken, dan is er geen bezwaar tegen het behoud van de resultaten voor dit produkt in nieuwe testbericht (934). Vooral nuttig kan dit zijn zo het merkartikel in kwestie uit een buurland stamt en er zeer veel wordt verkocht of sterk geadverteerd: lezers die in de buurt der grens wonen hebben er dan belang bij te weten of het al dan niet de moeite loont het

(933) Contra: SCHADEE-HARTREE, Copyrights, translations and legal responsibility, IOCU-Bulletin, 1962, Conference report, 53.

(934) Dit is ook de normale praktijk der testorganisaties: Zie: Test-Aankoop, nr. 85, blz. 148 e.v. (test stofzuigers); nr. 114, blz. 12 (test bandopnemers); nr. 118, blz. 19 e.v. (test fonoplaten). Omgekeerd wordt soms een model besproken dat niet meer op de nationale markt aanwezig is. Zie Test-Aankoop, nr. 116, blz. 8, test bandopnemers.

op de eigen markt niet verkrijgbare produkt over de grens te gaan kopen. Omgekeerd ook zou de testorganisatie zulk produkt volledig uit haar nieuw testbericht kunnen weglaten: het is immers zo dat het op de eigen nationale markt niet voorkomt, zodat het gros der lezers er toch niet zo erg aan geïnteresseerd is. Evenwel dient hierbij erover te worden gewaakt, door de weglatingen het totaalbeeld of de concrete redactie van het oorspronkelijke testbericht niet te vervalsen.

Wat betreft het weglaten in het nieuw gepubliceerde testbericht van productentypes die in dezelfde uitvoering op beide markten voorkomen en in het overgenomen testbericht waren opgenomen, hier dient de testorganisatie een reden te kunnen aantonen waarom dit diende te gebeuren. Hoewel de testorganisatie niet verplicht kan worden een produkt te onderzoeken, toch moet men hier streng zijn en aannemen dat door zulke weglating de aansprakelijkheid der testorganisatie normaal in het gedrang zal komen, behoudens zo zij deze kan rechtvaardigen. Immers de overgenomen test dient als maatstaf om het nieuwe testbericht te beoordelen; indien daarvan wordt afgeweken dan dient de testorganisatie deze afwijking te kunnen rechtvaardigen.

162 . Het vereiste van objectiviteit houdt ook in dat bepaalde goederen niet worden onderzocht, omdat zij er om één of andere reden niet toe in aanmerking komen. Dit geheel van redenen kan worden ingedeeld naar diegene die voortvloeien uit de aard der produkten en diegene die voortvloeien uit de aard der tests.

163. Produkten die niet kunnen onderzocht worden wegens de aard der tests.

Uit de aard van het vergelijkend warenonderzoek volgt dat de goederen die onderzocht worden vergelijkbaar moeten zijn en

dus duidelijk identificeerbaar. Een eerste categorie van uitgesloten goederen zijn diegene die niet onder een warenmerk of een dienstmerk worden verkocht en ook op geen enkele andere manier kunnen worden geïndividualiseerd. Deze zijn slechts gering in aantal en verminderen bovendien voortdurend in belang (935).

Een andere eis is dat zij een algemeen kwaliteitsonderzoek en een kwaliteitsbeoordeling moeten toelaten. Dit is mogelijk indien het nut dat voortvloeit uit het normale gebruik van het produkt, dit toelaat (936). Produkten die hoofdzakelijk gekocht worden om hun bijkomstig of geldingsnut, kunnen slechts door proefpersonen en onder bijzondere aspecten die het bijkomend nut bepalen, worden getest.

Daarnaast stelt KLUY nog als niet testbaar, produkten bij welke de beoordeling van de kwaliteit en de gebruikswaarde door de verbruiker zelf zonder hulp kan worden bepaald en produkten waarbij het kooprisico, uitgedrukt door de betere of minder goede werking in het praktische gebruik aan de verbruiker toerekenbaar is. Zo ook waren waarbij volgens hun aard of volgens hun in de tijd beperkte aanwezigheid op de markt er geen dringende noodzaak voor de voorlichting door vergelijkend warenonderzoek bestaat of informatie aan de consument niets uithalen zou (937).

Al lijkt dit alles in abstracto en strikt logisch bekeken zeker waar, toch moet erop gewezen worden dat er geen enkele juridische hinderpaal is om deze goederen toch te testen. Bovendien zijn er economische overwegingen ten gunste van een occasioneel toch testen van deze goederen. Allereerst moet erop gewezen dat het op de lange termijn de wil van de verbruiker is die bepalend is voor wat er

(935) Daarover supra:blz. 75-76.

(936) VERSHOFEN, Handbuch der Verbrauchsforschung, Bd. 1, blz. 75.

(937) KLUY, a.c., MA, 1965, 137 (140).

zal getest worden. Dit hangt af van de wisselende behoeften aan informatie, van het aanbod en de levensstandaard, naast de invloed die van de reeds gepubliceerde onderzoeken uitgaat (938). Verder is insgelijks van belang voor ogen te houden dat zulke tests vaak toch zeer nuttig zullen zijn omdat zij een overzicht geven over het assortiment op de markt en de aard der onderlinge verschillen tussen de produkten, welke factoren bepalend kunnen zijn voor een rationele aankoop. De testorganisatie hoeft hier nooit een reden aan te tonen waarom het deze produkten wel onderzocht, tenzij de bewijsvoering van de eiser haar daartoe zou dwingen.

Niet vergelijkend getest en besproken kunnen prestaties van beoefenaars van vrije beroepen, omdat zulk onderzoek niet doorvoerbaar is op objectieve wijze en daarover zeer moeilijk kan worden gerapporteerd. Het zou naar Belgisch recht bovendien foutief kunnen worden geacht wegens miskenning van een duidelijke deontologische regel, zij het door een buitenstaander (939).

164. Een ander probleem is of er geen produkten bestaan die ipso facto uitgesloten zijn van het onderzoek, om een louter juridische reden, namelijk omdat de aankondiging of de aanprijzing ervan strafbaar is. Omwille van hun aard - het zijn anticonceptionele middelen, middelen gebruikt tot het bedrijven van ontucht of ter behoeding voor geslachtsziekten of sommige geneesmiddelen (840) -

(938) MEINERS, o.c., blz. 72 en 74.

(939) Vgl. Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (154).

(940) § 184, Abs. 1 Ziff. 3 StGB; Heilmittelwerbegesetz van 11 juli 1965; Art. 383, 5e en 8e lid SW.; K.B., 23 okt. 1972 betreffende de reclame en de voorlichting inzake geneesmiddelen door art.5, K.B. 9 juli 1973 betreffende de contraceptiva werd dit K.B. ook op anticonceptionele middelen toepasselijk verklaard. W.15 april 1958 betreffende de publiciteit inzake tandverzorging. Over deze en andere specifieke verbodsbepalingen inzake reclame: D'HALLUIN, Reclame in het spanningsveld tussen adverteerder, gebruiker en mededinger, R.W., 1973-74, 897 (914); art. 451 ter en quater ned. Sw.

zal het wel niet vaak voorkomen dat zij figureren in vergelijkende warenonderzoeken, doch het is de vraag of de strafbaarheid van hun aankondiging of aanprijzing ook het vergelijkend warenonderzoek omvat.

In Duitsland worden zulke delicten Ankündigungs- of Anpreisungsdelikte genoemd. Zij zijn een onderdeel der Presseinhaltsdelikte. Deze laatste vindt men gerealiseerd zo een strafbare handeling wordt begaan door de verbreiding van een drukschrift dat inwerkt op een onbepaald aantal lezers. Uit de relevante inhoud moeten de omstandigheden, welke de strafbaarheid funderen, blijken (941). Aankondigen is elke bekendmaking waardoor op de gelegenheid tot het betrekken van ontuchtige of geslachtsziekten voorkomende voorwerpen wordt attent gemaakt. Aanprijzen is een aankondiging onder lovende of aanbevelende uiteenzetting of beschrijving of het aanhalen van voordelen. Ook lovende kritiek op een advertentie kunnen hieronder vallen. Vereist is echter dat de tekst de lezer tot kopen aanzet, zodat belangeloze of wetenschappelijke werken of uiteenzettingen hieronder niet te rangschikken zijn. Van de dader wordt een speciaal opzet vereist, namelijk het bewustzijn dat de voorwerpen voor het plegen van ontucht of het behoeden voor geslachtsziekten bestemd zijn (942). Mits een vergelijkend warenonderzoek zich zou onthouden op enige mogelijkheid tot verwerving van zulke voorwerpen te wijzen en deze ook niet aanbeveelt, kan een onderzoek over deze voorwerpen worden doorgevoerd. Grote zorgvuldigheid bij het onderzoek en de redactie van het bericht dienen te worden in acht genomen te worden.

(941) LOFFLER, Presserecht, Vorbem. § 20-21 RPG, nr. 52 e.v.

(942) EBERMAYER-LOBE-ROSENBERG, o.c., nr. 5-9 e.v. bij § 184 StGB. Niet het voorkomen van zwangerschap: BVerw G, 23 febr. 1960, NJW, 1960, 407 (409) noot RUTKOWSKY.

De aangehaalde Belgische en Nederlandse bepalingen hebben gemeenschappelijk dat zij de reclame of de pro paganda voor bepaalde geneesmiddelen, voor bepaalde zorgen of voor bepaalde ingrepen, gemaakt voor een niet-deskundig publiek verbieden, omdat de uitwerking van zulke reclame op de lezers of toehoorders schadelijk wordt geacht voor de volksgezondheid of voor de morele orde. Hoewel testorganisaties zich steeds met succes zullen kunnen beroepen op het feit dat haar tests geen reclame zijn (943), behoudens bewijs van het tegendeel, en wat betreft de propaganda voor sommige van de problemen die met deze ingrepen of middelen gepaard gaan, de rechtspraak, de rechtsleer en de opvattingen der maatschappij zich in een meer tolerante zin hebben gewijzigd, zodat deze wetsbepalingen slechts zelden op testorganisaties toepasselijk zullen zijn, toch zou het vergelijkend onderzoek van zulke geneesmiddelen, zorgen of ingrepen, afgezien van de moeilijke realiseerbaarheid ervan, snel foutief moeten worden geacht. Immers het effect van een test zou kunnen hetzelfde zijn als dat van reclame of totaal onzakelijke voorlichting: misleiding, tendentieuze voorlichting, bekendmaken van schadelijk werkende of ondoeltreffende geneesmiddelen of het wekken van ongerustheid bij sommigen. Bovendien kan een test daarover soms noodzakelijk tegen de strafwet indruisen, ook al zal strafvervolgning misschien uitblijven: aldus de propaganda en de beschrijving van middelen die abortief of contraceptief werken (944). Bespreking van geneesmiddelen tegen zeer zware of vaak met hardnekkige en foutieve voorstellingen omweven ziekten (tuberculose,

(943) Aldus terecht: P.FRANCK, conclusie vóór Cour Paris, 20 dec. 1974, D. Jur., 1975, 312 (314), met noot R.LINDON.

(944) Zie: RIGAUX-TROUSSE, o.c., V, blz. 423; NOYON-LANGEMEIJER, o.c., II, blz. 686 e.v.

poliomyelitis, kanker, diabetes en andere) dient omwille van het sensationele karakter ervan en het gevaar voor de patienten die eraan lijden, steeds achterwege te blijven (945).

Grondslag van heel deze wetgeving is dat de aanprijzing van een aantal geneesmiddelen, zorgen of ingrepen aangewenst wordt geacht in het belang van de volksgezondheid. Slechts zo de testorganisatie zich daarvan onthoudt kan zij op dit domein rechtmatig handelen (946). De wetgever heeft immers gemeend dat op dit terrein geen belang bij het ontvangen van algemene of specifieke voorlichting bij het publiek bestaat, tenzij zo dit uitgaat van bevoegde personen en in vertrouwen, of algemeen geformuleerd gebeurt en in functie van het belang der volksgezondheid of van de morele orde. Naar deze maatstaf zal de testorganisatie zich moeten richten en alles vermijden wat in een testbericht daarmee strijdig zou kunnen worden geacht.

165. Produkten of diensten die uit hun aard niet in aanmerking komen voor een vergelijkend warenonderzoek.

Sommige produkten die wel zouden in aanmerking komen voor een vergelijkend warenonderzoek krachtens de hoger genoemde principes, komen niet in aanmerking omwille van het feit dat er geen echte behoefte bij de verbruiker kan bestaan aan een vergelijkend warenonderzoek, doch hoogstens aan algemene informatie die geen waardeoordeel over specifieke merkartikelen inhoudt.

(945) Art. 9, § 1-3, W.25 maart 1964 op de geneesmiddelen. Zie ook: W. 24 febr. 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaap- en verdoovende middelen, ontsmettingsstoffen en anti-septica.

(946) Art. 383, 8e lid Sw. preciseert dat de aanprijzing voor middelen tot voorkoming der zwangerschap uit winstbejag dient te gebeuren.

Dit is zeker zo voor produkten die krachtens wettelijke beschikkingen niet mogen verkocht worden aan de verbruiker (947). Dit geldt ook voor geneesmiddelen, waarbij geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen diegene die slechts op voorschrift en diegene die vrij verkrijgbaar zijn. Immers voor beide bestaat er een controle door de overheid ingericht (948), en bovendien is geen middel geheel ongevaarlijk wanneer het op eigen initiatief wordt ingenomen (949). Ook op het gebied der reclame is men voor geneesmiddelen niet volledig vrij te adverteren wat en zoals men wil, daar wettelijke en deontologische regels hier beperkingen stellen (950).

(947) Bv. W. 25 sept. 1906 waarbij het vervaardigen, invoeren, verkoopen, vervoeren, alsmede het ten verkoop in voorraad hebben van alsemlikeuren is verboden (Staatsbl., 27 sept. 1906).

(948) België: K.B. 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en de distributie in het groot en de ter handstelling van geneesmiddelen, gew. bij K.B. 20 nov. 1962; K.B. 8 aug. 1964 betreffende de controle op en de analyse van de geneesmiddelen die in de officina worden ter hand gesteld of die in de officinale of magistrale bereidingen aangewend worden, gew. bij K.B. 29 jan. 1965. Adde: K.B. 23 okt. 1972 betreffende de reclame en de voorlichting inzake geneesmiddelen (Staatsbl., 30 dec. 1972) en art. 5, K.B. 9 juli 1973 betreffende de anticonceptionele middelen (Staatsbl., 9 aug. 1973).

Duitsland: Arzneimittelgesetz van 16 mei 1961, waarvan 40 e.v. de controle regelen.

Nederland: K.B. 16 juli 1963 houdende voorschriften met betrekking tot verpakte geneesmiddelen; K.B. 21 juni 1963 op het college ter beoordeling van verpakte geneesmiddelen.

(949) Daarover: DUKES M., Patentgeneesmiddelen en zelfbehandeling in de samenleving, diss. Leiden, 1963. Nochtans bestaat er een Euro-test over acetyl-salicylzuurtabletten. Zie ook: Test-Aankoop, 1972, nr. 123, 5 e.v.

(950) Zie het Duitse Heilmittelwerbegesetz van 11 juli 1965 dat welbepaalde reclamemethodes verbiedt, waarvolgens verboden is reclame te voeren die ertoe leidt ziekten zelf te herkennen en met de aan-geprezen geneesmiddelen te behandelen, (§ 9, nr. 10 en § 10). Vgl. voor België: Zesde deontologische regel van 15 juli 1965 van de Raad der Orde van Apothekers over de publiciteit in de apotheek en de in noot 948 aangehaalde besluiten van 1972 en 1973.

Een ander gevaar dat hier wordt geschapen vloeit voort uit de goedsgesteltenis van de zieke: deze zal geneigd zijn het middel aan anderen aan te bevelen of zo het hem niet wordt voorgeschreven, zich allerlei vragen te gaan stellen, zodat er een zeer hinderlijke belasting van het klimaat tussen patiënt en geneesheer kan ontstaan, welke verhouding toch primordiaal door vertrouwen moet worden beheerst.

Een meer theoretisch bezwaar tegen het onderzoeken van geneesmiddelen is, dat zij vaak niet vergelijkbaar zijn en dat rond zulk onderzoek toch altijd een zweem van sensatie hangt. Bovendien kan het gebruiksnut ervan nooit met zekerheid worden bepaald: een genezing is immers, naast van de werking der voorgeschreven therapie ook van psychische gegevens afhankelijk.

Voor sommige levensmiddelen waarvan de fabricatie en de verkoop eveneens gereglementeerd is, zou dit ook kunnen gelden, doch dan moet er een voldoende, daadwerkelijke controle worden gevoerd en mogen er slechts geringe kwaliteitsverschillen zijn.

Indien deze goederen desondanks getest worden is de testorganisatie niet automatisch aansprakelijk voor de schade die de producent van één der onderzochte waren zou lijden (951). Zij is dit

.../... In Nederland is er een keuringsraad voor de aanprijzing van verpakte geneesmiddelen die belast is met de beoordeling van de aanprijzing van verpakte geneesmiddelen (art.30, W.28 juli 1958 op de geneesmiddelenvoorziening). De aanprijzing kan gereglementeerd worden bij algemene maatregel van bestuur (art.26, W. 28 juli 1958). Zie aldus art. 21 a, K.B. 16 juli 1963 houdende voorschriften met betrekking tot verpakte geneesmiddelen. Krachtens het Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer is het nooit de bedoeling geweest openlijke aanprijzing vanuit het standpunt der volksgezondheid ongewenste geneesmiddelen strafbaar te stellen. Dit werd onmogelijk geacht gezien de vrijheid van drukpers. Zie: L.J.M.WOUTERS, Wet op de geneesmiddelenvoorziening, Ned. Staatswetten, Schuurman & Jordens, nr. 129-I, blz. 7 en 48.

(951) Aldus werd het niet vergelijkend bespreken van geneesmiddelen door een toxicoloog, met het doel te wijzen op de gevaren van de auto-medicatie, in principe rechtmatig geacht door Cour Paris, 20 dec. 1974, D.Jur., 1975, 312, met advies F.FRANCK en noot R.LINDON, hoewel het Hof zich niet over de grond van de zaak kon uitspreken,

wel wanneer het onderzoek een werkelijk gevaar voor de openbare gezondheidszorg zou betekenen, doordat het zieke lezers nadelig zou beïnvloeden. Daarbuiten loopt de testorganisatie slechts bij verwaarlozing der algemene principes gevaar, waarbij echter een strenge maatstaf aan de objectiviteit en de zakelijkheid moet worden gesteld. Zo kan er een verplichting bestaan een bepaalde onderzoeksmethode te gebruiken, omdat zij om wettelijke redenen, de enig mogelijke blijkt te zijn.

§ 4. De eis van zakelijkheid bij de redactie van het testbericht.

166. Zakelijkheid betekent dat men zich houdt aan de waargenomen feiten bij het rapporteren erover. Deze vereist dat de verwoording van het waargenomene zo nauwkeurig mogelijk dat waargenomene volgt en er nergens van afwijkt. Dit is geen gemakkelijke opdracht: vaak zal, wegens de veelheid der in aanmerking komende factoren, een zakelijk oordeel zelfs bij uiterste inspanning nog op moeilijkheden stoten.

De eis van zakelijkheid situeert zich op het niveau der publicatie van het onderzoek. De publicatie der resultaten van het doorgevoerde onderzoek is vereist opdat de verbruiker kennis zouden kunnen nemen van het onderzoek en ernaar handelen. Zij behoort dus tot de essentie van een vergelijkend warenonderzoek. Meteen moeten op dit niveau ook eisen worden gesteld die volgen uit de belangen der producenten, consumenten en mogelijk der rivaliserende testorganisaties. Door de publicatie veruiterlijkt de vergelijkende warentest zich en kunnen rechtsgevolgen intreden.

.../... terwijl de eis op de betwistbare grondslag der reglementering inzake reclame voor geneesmiddelen en op het merkenrecht was gesteund.

De publicatie gebeurt hier op grond van een doorgevoerd onderzoek dat zakelijk en in een voor de verbruiker verstaanbare taal dient te worden weergegeven. Of er publicatie is hangt af van de wil van diegene die het auteursrechtelijk beschikkingsrecht uitoefent, in dit geval de testorganisatie. Zo zal men niet als publicatie kunnen aanmerken, de toezending van de resultaten betreffende zijn produkt aan de producent ervan. Immers het is niet in de vorm waarin deze kennis krijgt van het onderzoek dat de verbruikersvereniging zinnens is de resultaten ervan te publiceren.

De eis van zakelijkheid houdt in dat de publicatie der resultaten van het onderzoek in een duidelijke, bevattelijke taal moet geschieden en op een wijze die de consumenten aanspreekt. Daarbij moet voortdurend de betrachting voorliggen zo getrouw mogelijk de over te brengen feiten en gevolgtrekkingen weer te geven. Onzakelijk en onjuist wordt de berichtgeving zo door eenzijdigheid, onvolledigheid of onachtzaamheid, de weergave van de bekomen resultaten niet met de werkelijkheid overeenstemt (952) of zo afbrekende, niet ter zake doende oordelen worden uitgesproken (953). In deze zin is het een zelfstandig vereiste, namelijk in zoverre een tekortkoming ertegen volstaat om de onrechtmatigheid van het onderzoek te begronden. Wanneer de test zakelijk werd weergegeven, doch onjuist was omdat de gegevens waarop deze werd gesteund foutief waren, dan is er geen inbreuk op de zakelijkheidseis, doch wel op de

(952) BAUMACH-HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (617); GRASSMANN, o.c., blz. 35; BUSSMANN, o.c., blz. 83; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 380; Rb. Brussel, 2 juli 1901, P.P., 1901, 933 voor de pers in het algemeen; OLG Stuttgart, 30 jan. 1964, NJW, 1964, 595 en LG Düsseldorf, 1 maart 1961, WRP, 1962, 176 (178) voor een vergelijkend warenonderzoek.

(953) GRASSMANN, o.c., blz. 84, die als voorbeeld geeft de objectieve, ongunstige beoordeling van een produkt waaraan toegevoegd wordt: "een oppassende huishoudster wordt reeds door de schreierig rode kleur van dit wasmiddel afgestoten".

objectiviteitsvereiste (954).

De controle hierop moet zich richten naar de doorsnee-lezer, van wie een voldoende aandacht mag worden verondersteld. Het is niet een oppervlakkige lectuur (955), noch een zeer zorgzame kritische lectuur die maatgevend zijn. Met name bestaat er geen verplichting de testberichten zo te stellen, dat ook wie slordig leest zich niet zal vergissen en verkeerde conclusies zal trekken. Wel is het niet de regel dat men alleen maar behoeft te rekenen met wie goed leest, maar toch dient men zich niet zodanig te uiten dat elke vergissing bij de lezer zal uitgesloten zijn (956). Het testbericht dient als geheel zakelijk te zijn, t.t.z. zich te houden aan het testverslag van het testinstituut en voor de bijkomende informatie die wordt gepubliceerd, te steunen op betrouwbare bronnen die het onderzoek aanvullen of verduidelijken. De scheiding tussen beide is in concreto te trekken, namelijk volgens wat blijken technische gegevens te zijn die slechts na onderzoek kunnen worden beoordeeld en wat

(954) Vgl. HEFFERMEHL, a.o., GRUR, 1962, 611 (617).

Vgl. Projet de règlement et commentaire en matière d'information radiophonique et télévisée, weergegeven in La libre Belgique, 17 jan. 1975, blz. 1 en 3: "Le montage et les coupures pratiqués (in de opname van een verklaring of een onderhoud met een bepaald persoon L.B.) devront toujours respecter le sens de la portée des propos qui ont été recueillis, pour autant qu'ils correspondent à l'objet de l'émission." Zo ook: Gent, 26 april 1973, R.W., 1973-74, 480 (482), noot L.GALAUDE, Van den Daele, Paris, 10 juli 1974, D., 1975, Somm., 7, waar onzakelijkheid voortvloeiende uit de montage van de uitzending niet weerhouden wordt, gezien het feit dat een klassiek procédé wordt gebruikt, waaraan de televisiekijkers gewoon geraakt zijn.

(955) RB., Brussel, 29 okt. 1968, RBP v. UFIDEC et alii, onder nr 6; Hoge Raad, 19 april 1968, N.J., 1968, 263, noot G.J.S., Snelkookpannendemonstratie, beide voor een vergelijkend warenonderzoek. Contra: L.G. Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (179). Inzake de algemene pers: Kortrijk, 23 maart 1878, B.J., 1878, 588. Ook de Duitse rechtspraak volgt deze regel bij de beoordeling van reclame op haar misleidend karakter: BGH, 29 april 1970, GRUR, 1970, 425 (426), Melitta-Kaffe, noot U.KRIEGER; BGH, 26 febr., 1969, GRUR, 1969, 415 (416), Kaffeerösterei, noot Storch, beide met verwijzingen. Vroeger anders: RG, 10 mei 1904, RGZ, 58, 129.

(956) SCHOLTEN G.J., noot onder Hoge Raad, 19 april 1968, N.J.,

.../...

blijkt informatie te zijn die daarbij als nuttige opheldering wordt gegeven. Beide zijn echter gelijkelijk aan de zakelijkheids-eis onderworpen.

Het testbericht dient ook in zijn samenstellende bestanddelen zakelijk te zijn. Deze samenstellende bestanddelen kunnen worden afgeleid uit de concrete opbouw en moeten op zichzelf worden beoordeeld, doch ook, waar nodig, volgens hun samenhang in het geheel. Uit den boze is dat men zinnen uit hun verband zou halen en aldus beoordelen (957). Dit is niet alleen zo voor de aansprakelijkheid der pers, maar ook op andere gebieden van het recht als bijvoorbeeld voor de bekentenis. Daar ook moet men de uiting haar normale draagwijdte verlenen en deze niet splitsen zonder dat daartoe aanleiding bestaat, af te leiden, uit haar totale samenhang.

De zakelijkheid der vormgeving en de juiste weergave der feiten eisen nochtans niet dat de berichtgeving vlak en technisch zou gehouden worden. Dit heeft wel het voordeel dat de lezer aan het onderzoek betrouwbaarheid toekent; een sensatievolle en effectenzoekende opmaak zal de lezer er integendeel vaak doen toe besluiten dat de testarbeid oppervlakkig gebeurde (958). Waar echter harde en scherpe bewoordingen nodig blijken mag men de testorganisatie ze gebruiken (959). Vereist is nochtans dat gesteund wordt

.../...1968, 263, blz. 875; Corte di Cass., 15 febr. 1968, GRUR AIT, 1969, 23,3, Quattroruote.

(957) Vgl. Brussel, 8 okt. 1952, R.W., 1954-55, kol. 1299; EICHMANN, o.c., blz. 230-231.

(958) BRENNECKE, o.c., blz. 72.

(959) Luik, 28 nov. 1863, Pas., 1864, II, 308; Charleroi, 22 jan. 1901, P.P., 1901, 154; Rb. Brussel, 1 maart 1933, P.P., 1933, 224; BGH, 11 jan. 1966, GRUR, 1966, 386 (389), Warentest, noot Droste; Rb. Pres. 's Gravenhage, 22 okt. 1969, N.J., 1971, 51 en 10 febr. 1970, N.J., 1971, 52; Rb. 's Gravenhage, 23 febr. 1970, eindvonnis The Indiana; Rb. Amsterdam, 26 jan. 1971, N.J., 1971, 116; Rb. Amsterdam, 30 mei 1972, N.J., 1972, 436; Pres. Rb. Amsterdam, 7 juli 1972, N.J., 1972, 437.

op een stevige onderzoeksgrondslag: indien het doorgevoerde onderzoek of de ernaast verkregen gegevens de in scherpe bewoordingen gestelde beoordeling niet kan begronden, is de publicatie onrechtmatig omdat de inbreuk op de belangen van de producent en handel op een niet aangewezen wijze gebeurde en boven de maat van het noodzakelijke ging, dat wordt vereist door de belangen der verbruikers. Terecht werd aldus geoordeeld dat het kwalificeren als levensgevaarlijk (960) of als niet aan te bevelen (961) van autos waarvan het onderzoek onvoldoende werd geacht, onrechtmatig is. Een andere uitdrukkingwijze dient te worden gezocht zo de resultaten van het onderzoek zulke scherpe gevolgtrekking niet toelaten.

Verder mag bij de redactie van het testbericht op geen enkele wijze over feiten worden bericht die niet aldus plaats grepen of mogen deze verdraaid worden weergegeven (962). Ook met het suggereren van bepaalde, niet of niet geheel door de tekst opgeklaarde conclusies dient zeer voorzichtig te worden omgesprongen. Overdreven accentueren of suggereren in een bepaald gedeelte van het testbericht kan de totaliteit ervan aantasten. Dit volgt uit het feit dat het bericht samengesteld is uit een geheel van afzonderlijk beoordeelbare componenten die dit geheel kunnen beïnvloeden (963) of die afzonderlijk genomen onrechtmatig kunnen zijn (964).

Andere vereisten dienen gesteld te worden ten voordele van de verbruikers, alhoewel zij onrechtstreeks toch ook de producenten der onderzochte produkten kunnen ten goede komen. Dit zijn de vereisten van een aansprekende berichtsofbouw en van een gemakkelijk ver-

(960) OLG Stuttgart, 30 jan. 1964, NJW, 1964, 595, Fiat Europa.

(961) OLG Celle, 23 juli 1964, NJW, 1964, 1804 (1807), VW 1500.

(962) LG Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (177).

(963) Rb. Amsterdam, 26 jan. 1971, N.J., 1971, 116; Rb. 's Gravenhage, 23 febr. 1970, eindvonnis The Indians.

(964) Brussel, 22 maart 1911, P.P., 1912, 1368; Pres. Rb. 's Gravenhage, 27 juni 1966, Bijlage Consumentengids, juli 1966.

staanbare berichtgeving (965).

Dit vereist een bestendig rekening houden met de psychologie van de verbruiker: moeilijke woordkeuze, ingewikkelde zinsbouw of grammaticale spitsvondigheden zijn uit den boze, in het belang van de testorganisatie zelf. De verbruiker moet immers aan verdere lectuur ook na het verschijnen van de eerstetests geïnteresseerd blijven en bereid gevonden worden de resultaten der tests ernstig te overwegen wanneer hij ooit tot de aankoop van een der geteste waren dient over te gaan. Voor verwarrende, geen of tegenstrijdige besluiten mogelijk makende tests is de testorganisatie aansprakelijk. De tests moeten overzichtelijk zijn en toelaten een verantwoorde keuze te maken. Reële verschillen moeten correct worden weergegeven en mogen niet verdoezeld worden (966). Een zekere simplificatie dringt zich op bij de voorstelling, doch het is een bestendige opgave ervoor te zorgen dat men daardoor niet in botsing komt met de eis van objectiviteit (967).

Men moet hierbij ook rekening houden met de wijze van publicatie of verspreiding die werd gekozen. Aldus zal men in uitzendingen door radio of televisie, die sneller nog dan het geschreven woord voorbijruisen en minder beklijven, een meer kleurrijke opmaak en plastischer begrippen mogen aanwenden. Vereist is alleen dat de zakelijkheidseis hierbij niet worde tekort gedaan, wat echter niet mag beoordeeld worden op grond van het feit of er mogelijkerwijze andere, evenzeer bruikbare formuleringen te vinden waren : Dit

(965) BRENNECKE, o.c., blz. 173-175; OLG Düsseldorf, 25 sept. 1964, BB, 1964, 1361.

(966) S.E.R.-advies over het vergelijkend warenonderzoek, blz. 22.

(967) BRENNECKE, o.c., blz. 175.

(968) OLG Düsseldorf, 25 sept. 1964, BB, 1964, 1361.

laatste aanvaarden zou een vorm van ex-post censuur inhouden die strijdt met de vrijheid van meningsuiting waarvolgens de zich uitende persoon vrij beslist met welke zijn persoonlijkheid uitdrukkende spraakmiddelen hij een op zichzelf rechtmatige kritiek formuleert (968). De eis van de meest schonende vorm kan voor uitingen van personen buiten de concurrentiestrijd over economische prestaties niet gevorderd worden, alleen misbruik van kritiek maakt hen aansprakelijk.

167. Bij de waardering aan het einde van het onderzoek staan twee methodes open: ofwel waardeert men de verschillende eigenschappen afzonderlijk ofwel waardeert men de globale kwaliteit van elk onderzocht artikel.

168. Het afsluitend waardeoordeel:

De lectuur van een testbericht wordt zeer vergemakkelijkt, indien voor de verschillende onderzochte eigenschappen of voor de globale kwaliteit van elk product afsluitende waardeoordelen worden gegeven op basis van de resultaten der metingen en der proeven. Voor proeven zal dit meestal zelfs de enige waarderingsmogelijkheid zijn omdat een exacte, cijfermatige voorstelling der resultaten daar vaak onmogelijk zal zijn.

Dit geven van algemene waardeoordelen wordt echter door sommige zeer sterk aangevallen, zowel vanwege testorganisaties (968), van mensen uit de commerciële wereld (970), als van rechtsgeleerden (971).

(969) CAMPBELL, The Consumer Interest, blz. 223; BRENNECKE, o.c., blz. 133 en de voorbeelden aldaar geciteerd. In België is VIVEC overtuigd contra. Zie ook: VR, 1962, nr. 6,4; Rapport van de Commissie ter Bestudering van het vraagstuk van de sluikreclame in televisieuitzendingen, bijlage D, blz. 2, sub 4.

(970) HUNDHAUSEN, a.c., ZfhF, 1962, 271; KLATT, a.c., ZfbF, 1964, 485 (499).

(971) DITGEN, o.c., blz. 232; RINCK, a.c., BB, 1963, 1028 (1029); WENZEL, o.c., blz. 199; VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 72.

Het argument van handel en rechtsleer is dat het doel van een vergelijkend warenonderzoek wordt overschreden, omdat men de consument de aankoopbeslissing ontnemt door aanbevelingen. Het is een zich aanmatigen van een beslissende functie die op de markt aan de verbruiker toekomt (972). Deze kritiek is echter niet erg overtuigend: allereerst omdat zij met evenveel recht op de reclame van toepassing is, die bovendien in een veel verdergaande mate de verbruiker tracht te beïnvloeden. Er dient immers een onderscheid te worden gemaakt in de aankoopbeslissing tussen twee momenten: de beslissing dat men een behoefte gaat bevredigen door een bepaalde soort van goed aan te kopen en de beslissing die uitgaat naar een bepaald merk en type binnen deze soort van goederen. Beide momenten kunnen samenvallen, maar voor aankopen van enig budgettair gewicht zijn zij in de tijd gespreid bij de verstandige en omzichtige consument. Waar reclame zeer duidelijk op beide beslissingen tracht in te grijpen, door te trachten een behoefte te creëren, daar grijpt het vergelijkend warenonderzoek alleen in op het tweede moment. Bovendien zijn reclame en vergelijkend warenonderzoek inhoudelijk gans anders en is het in elk geval economisch beter verantwoord te steunen op een vergelijkend warenonderzoek

dan op reclame.

Bij de testorganisaties gewaagt men eerder van het relatieve karakter dat elke eindbeoordeling heeft, zodat de lezer die louter daarop steunt, uit luiheid eigenlijk niet werkelijk wordt voorgelicht en de doelstellingen van verbetering van de marktdoorzichtigheid en bewustwording van de consument nooit worden bereikt (973).

(972) Aldus: VON RICHTHOFEN, o.c., blz. 72.

(973) CAMPBELL, o.c., blz. 223 e.v.,

Daartegenover aanvaardt echter het merendeel der consumentenverenigingen en der rechtsgeleerden dat het niet kan verboden worden en dat het zelfs opportuun is een afsluitend waardeoordeel te verstrekken (974). Het aantal verbruikers waarvan men kan verwachten dat ze uit een gedifferentieerde voorstelling van testresultaten tot de juiste aankoopbeslissing kunnen komen, acht men vrij gering, en bovendien is er nog een beroep van consumenten, die er wel toe in staat zijnde, niet bereid zijn om het nodige geduld en de nodige aandacht op te brengen (975). Anderen zien in het doen kennen van zwakke punten en het aan- of afraden van de aankoop een der grote voordelen van het warenonderzoek (976). Moet men omwille van de ruimte geboden door de pers- en meningsuitingsvrijheid zeker voor de principiële geoorloofdheid van het mededelen van een eindbeoordeling opteren, dan geldt dit niet absoluut en dienen er daarbij bepaalde voorwaarden te worden gesteld en bepaalde onderscheiden gemaakt. Principieel is zulk een eindbeoordeling slechts verdedigbaar zo ze op deugdelijk feitenmateriaal steunt en er de logische gevolgtrekking uit is. Daarom is ze geen zuiver waardeoordeel, want deze eindbeoordeling is controleerbaar, als noodzakelijke gevolgtrekking uit vastgestelde feiten (977).

(974) Rb. 's Gravenhage, 23 febr. 1970, eindvonnis The Indiana: "dat de rechtbank voorts van mening is dat in publicaties als de onderhavige het verantwoord is om het resultaat van een vergelijkend warenonderzoek in duidelijke en begrijpelijke woorden samen te vatten; dat een dergelijke samenvatting met zich meebrengt dat wordt duidelijk gemaakt voor de consument (...) wanneer hij een goede, een verantwoorde of een slechte koop doet;"

(975) BRENNECKE, o.c., blz. 176; BODMER-LENZIN, a.c., MA, 1963, 1031; BEGEMANN, o.c., blz. 51.

(976) MEYNAUD, Acheter mieux, blz. 15; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 80 bij § 1 UWG; Brussel, 25 juni 1969, J.T., 1970, 153 (154); LG Düsseldorf, 29 mei 1962, BB, 1962, 935.

(977) HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (616); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 80 bij § 1 UWG; HELLE, a.c., NJW, 1962, 1177; PIETZCKER, Abgrenzung von Werbung und Presse ohne subjektives Kriterium? GRUR, 1972, 532.

Daarom ook tast de onjuistheid der feiten de juistheid van het eindoordeel aan, dat dan alleen nog door een inconsequente gevolgtrekking juist kan zijn. Daar dit laatste echter steunt op verkeerde feitelijke meet- of proefresultaten, zal meestal naast een rechtzetting ook nog schadeloosstelling verplicht zijn: het feit dat luie lezers niet werden beïnvloed is alleen een argument tot mildering van de omvang ervan. Ontoelaatbaar is ook uit feitelijke gegevens die juist zijn verkeerde of ongefundeerde conclusies te trekken. Hieronver bestaat geen twijfel (978). In het nogal grove geval van opzettelijke vervalsing ten voordele van één concurrent, is natuurlijk de neutraliteit der verbruikersvereniging niet meer gegarandeerd en valt zij onder hetgeen daarover hoger werd gezegd. Is er alleen nalatig gehandeld, dan zal schadeloosstelling verplicht zijn, eventueel door latere correctie der eerstgepubliceerde resultaten.

De feitelijke gegevens kunnen er ook toe verplichten geen eindbeoordeling te geven. Dit is steeds zo, waar ontoereikende gegevens werden bekomen door een onderzoek dat niet alle kwaliteitskenmerken der onderzochte producten omvat. Zo wanneer het onderzoek ook smaakproeven omvatte en daarop alleen zou worden gesteund om een eindbeoordeling te geven of zo slechts kwaliteitskenmerken die één bepaald gebruik betreffen, werden onderzocht, terwijl dit product voor meerdere doeleinden kan worden gebruikt, en de eindbeoordeling wordt gegeven zonder dat werd gewezen op dit voorbehoud (979). Dit is zo wanneer producten werden onderzocht die door hun aard niet in aanmerking kwamen voor een vergelijkend waren-

(978) HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (616); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 80 bij § 1 UWG; VULP, a.c., WRP, 1963, 109 (116); RINCK, a.c., BB, 1963, 1028 (1030); WENZEL, o.c., blz. 198; OLG CELLE, 23 juli 1964; NJW, 1964, 1804 (1805); LG Düsseldorf, 1 maart 1962, WRP, 1962, 176 (177); Vgl. ook BGH, 21 juni 1966, GRUR, 1966, 633, noot WENZEL, Teppichkehrmaschine; OLG Stuttgart, 23 nov. 1961, JZ, 1961, 380 die hetzelfde principe impliciet huldigen.

(979) HEFERMEHL, a.c., GRUR, 1962, 611 (617).

onderzoek. Indien in zulke gevallen toch een eindbeoordeling wordt gegeven, dan dient erop gewezen te worden dat deze slechts beperkte waarde heeft. Voor een oordeel over elke kwaliteitscomponente afzonderlijk bestaat er hier geen bezwaar, tenzij zo het gaat om geneesmiddelen.

In elk der hierboven aangehaalde gevallen is vereist dat de lezer de eindoordelen op een of andere wijze kan controleren of dat er enige motivering wordt gegeven, anders valt men ten volle onder de bezwaren die tegenstanders van een globale beoordeling hebben en vergroot men ernstig het risico van in processen verwickeld te raken. In dit geval wekt de test immers een magister-dixit-oordeel, waardoor de voorlichting van de consument niet wordt gebaat.

Nochtans dient men het de consument ook niet te moeilijk te maken, zodat men dient te besluiten dat deze regel ook met gezond verstand dient te worden geïnterpreteerd.

Te ver echter gaat volgens mij de opvatting van ULMER (980) die stelt dat een eindbeoordeling slechts dan toelaatbaar is, waar de door het onderzoek verkregen resultaten eenstemmig in dezelfde richting wijzen. Waar er voor afzonderlijke onderzoeksvragen plus- en minpunten bekomen worden, die bij de eindbeoordeling elkaar compenseren, zou het resultaat slechts door een beknopte resumé kunnen worden medegedeeld en niet door een afsluitende beoordeling.

Deze opvatting miskent echter het recht op kritiek van elke wa-rentestorganisatie. Doordat bij compensatie tussen plus- en minus-punten een aanbeveling wegvalt, moet men niet verbieden een andere waardering uit te spreken die de werkelijke toestand, eventueel genuanceerd, weergeeft. Het recht op kritiek garandeert het

(980) ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 21.

uitspreken van een afsluitend waardeoordeel: bij betwisting dient alleen onderzocht of een oordeel mogelijk was en zo ja, of het adequaat de gevonden resultaten vertolkt.

Ook de wijze waarop deze eindbeoordeling wordt gegeven vereist enige toelichting. Allereerst moeten de daarbij gebruikte termen een duidelijke en genuanceerde differentiatie aantonen binnen de eindbeoordeling en toch weer niet een te absolute draagwijdte bezitten. Zo is de term "niet aanbevolen" zeker te verkiezen boven "niet bruikbaar". (981)

169. De waardering van afzonderlijke kwaliteitseigenschappen.

Het waarderen van elke afzonderlijke kwaliteitseigenschap houdt een beoordeling van de waarde in die op verschillende wijzen kan worden uitgedrukt en waarbij sommige uitdrukkingwijzen de inhoud der weergegeven waardering wijzigen (982).

Een eerste moeilijkheid bestaat erin de verhouding tussen de onderzochte artikelen voor elke kwaliteitseigenschap aan te duiden. Per eigenschap kan dan aangeduid worden welk artikel beter en welk artikel minder goed aan de gestelde vereisten voldoet. Vereist is daarbij natuurlijk dat de resultaten volgens een gefundeerde methode bekomen werden en de verschillen op de produkten zelf en niet op andere mogelijke beïnvloedingsfactoren zijn terug te voeren. Het produkt dat over verschillende eigenschappen samen genomen en met in achtnahme van het groter of minder belang van elke eigenschap het dichtst het ideaal benadert, wordt dan in de globale waardering van het produkt aanbevolen. Het tot uitdrukking brengen van de comparatieve waarde der eigenschappen kan door een puntensysteem gebeuren, waarbij het hoogste puntenaantal ook duidt op het beste

(981) Vgl. DITGEN, o.c., blz. 230 met de verwijzingen aldaar.

(982) Zie voor een meer uitgebreid overzicht: DITGEN, o.c., blz. 205-217 die verscheidene grafische voorstellingen aangeeft.

predicaat. Dit systeem vergemakkelijkt het trekken van een eindbeoordeling op basis der verstrekte gegevens, alsook wordt het hierbij mogelijk het onderling belang der eigenschappen aan te geven, doordat men verschillende puntentotalen stelt volgens het belang der eigenschappen voor de eindbeoordeling. Zo is het duidelijk dat men in een onderzoek van elektrische strijkijzers de elektrische veiligheid en de nauwkeurige werking van de thermostaat op een hoger totaal zal moeten waarderen dan de handigheid in het gebruik. Tegenover de waardering met cijfers heeft een waardering met comparatieve termen als goed, beter, enz. het voordeel van gemakkelijker leesbaar te zijn, doch er rijzen problemen van de duidelijkheid en de zakelijkheid dezer termen. De keuze van de gebruikte terminologie zal trouwens dienen aangepast te worden aan de eigen aard van de onderzochte eigenschap en haar rol in de globale kwaliteitsbeoordeling van het produkt. Zo kan het zijn dat een bepaalde eigenschap zoals de elektrische veiligheid of de stabiliteit, een absolute uitdrukkingverlangen waarbij er slechts een onderscheid kan bestaan tussen de bevestiging of de ontkenning van de eigenschap.

Een gradering in comparatieve termen geeft ook minder dan een gradering in cijfers weer in welke mate het produkt onder het onderzochte aspect bruikbaar is. Ligt het kwaliteitsniveau zeer hoog dan kan het produkt dat het laagst werd beoordeeld in de verhouding tot de anderen nog een zeer hoge graad van bruikbaarheid bereiken en weet de gebruiker alleen dat de anderen beter zijn (983). Is dit

(983) Dit maakt de hoger aangehaalde theorie begrijpelijk, dat bij beperking van het aantal onderzochte produkten, duidelijk zou worden aangegeven in welke verhouding de geteste goederen tot de niet geteste staan: aldus VULP, a.c., WRF, 1963, 109 (115); RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030). BUSSMANN, o.c., blz. 85. Deze theorie werd hoger verworpen.

het geval voor al de kwaliteitseigenschappen die werden onderzocht dan zal de prijs beslissend zijn voor de globale eindbeoordeling.

170. Een globale kwaliteitswaardering per produkt (984).

De globale kwaliteitswaardering voor elk individueel produkt houdt in dat voor elk afzonderlijk produkt de uitslag van de verschillende proeven en tests wordt gegeven, naast een korte beschrijving van het produkt en de aanduiding van zijn fabricant en prijs. Meestal wordt ook een globale beoordeling voor elk produkt gegeven. Daarbuiten bevat het testbericht een algemeen overzicht met uitleg over de aard der proeven, de aanduiding van het testinstituut en wat uitleg over de algemene werking en het nut van de onderzochte goederensoort. Vergelijkende tabellen worden daarnaast opgenomen om het onderzoek te vergemakkelijken.

Deze handelwijze heeft als voordeel een zeer grote leesbaarheid te bereiken omdat algemene gegevens en gegevens betreffende de individuele produkten gescheiden blijven, terwijl de lezer voor deze laatste alle gegevens voor elk produkt bij elkaar vindt. Na-deel is nochtans dat door de afsluitende beoordeling van elk produkt, de lezer geneigd zal zijn slechts de berichten der best beoordeelde produkten te lezen en de andere niet. Juridisch echter is er geen enkel bezwaar tegen een verkiezen van deze vorm en dienen alleen de principes die hierboven werd uiteengezet, in acht te worden genomen.

171. Bij overname van testberichten door een andere organisatie kunnen heel wat problemen ontstaan. Indien de test auteursrechtelijke bescherming geniet, dient toestemming tot de overname

(984) Aldus handelt de Stiftung Warentest in zijn tijdschrift Der Test.

of tot de vertaling te worden gevraagd. Ter vergemakkelijking van deze uitwisseling van informatie, werd binnen het IOCU een Clearing House Committee gesticht, dat suggesties doet ter vergemakkelijking van de uitwisseling der tests zonder dat de aansprakelijkheidslast van de auteur verhoogt (985).

Door het feit van de overname wordt de overnemer aansprakelijk voor het medegedeelde en dit geldt ook voor vertalingen. De overnemer of de vertaler staat in voor de door hem gepubliceerde tekst, omdat hij door de nieuwe bekendmaking deze tekst als de zijne, als aan hem toerekenbaar, doet doorgaan (986). De auteur van het oorspronkelijke testbericht is niet aansprakelijk

voor de nieuwe publicatie van zijn tekst, zelfs zo hij de overname toestond (987). Voorwaarde is natuurlijk dat tegen de overgenomen tekst niet met succes werd opgetreden zodat een rechterlijk verbod tot nieuwe publicatie in ongewijzigde vorm op het overgenomen bericht rust.

De overnemende testorganisatie is aansprakelijk voor elke foutieve voorstelling die volgt uit de overname of de aanpassing. Dit vooral zo zij versuimde na te gaan of de onderzochte produkten wel overeenstemmen met de produkten die kunnen verkregen worden op

(985) Zie daarover: SCHADEE-HARTREE, Copyrights, translations and legal responsibility, IOCU-Bulletin, 1962, Conference report, 53.

(986) Cass., 9 dec. 1869, B.J., 1870, 49, concl. O.M.FAIDER en noot X; Brussel, 23 maart 1868, B.J., 1868, 513, concl. O.M.MESDACH; Rb. Brussel, 10-11 juli 1939, B.J., 1939, 528, concl. O.M.GANSHOF VAN DER MEERSCH; SCHUERMANS, o.c., II, blz. 44; DUPLAT, o.c., blz. 356; BGH, 6 okt. 1965, GRUR, 1966, 92, noot KRIEGER, Bleistift-absätze; BGH, 20 mei 1969, GRUR, 1969, 555 (556), noot MICHELI, Cellulitis; WENZEL, o.c., blz. 186-187; AUBEL, o.c., blz. 93; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige daad, IX, nr. 50. Contra: SCHADEE-HARTREE, a.c., IOCU-Bulletin, 1962, 53.

(987) Verviers, 20 jan. 1897, P.P., 1900, 84; Charleroi, 20 juni 1897, P.P., 1898, 207; Antwerpen, 7 dec. 1898, P.P., 1899, 105.

de nationale markt, tenzij zo geen verwarring in hoofde van het publiek kan ontstaan of zo het gedrag van de producent, de invoerder of de licentiehouders bepalend was voor de begane vergissing.

Indien slechts een resumé van de overgenomen testberichten wordt gepubliceerd, is voorzichtigheid geboden en moet uiterste zorg worden besteed aan het voorkomen van onjuistheden of onzekelijken voorstellingen. Het Clearing House Committee beveelt hierbij aan dat dit resumeren slechts mag dragen op algemene kwaliteitsmerken, zonder merknamen te vernoemen en zonder referentie naar de oorspronkelijke tekst dient te gebeuren. Dergelijke eis is echter excessief en holt de voorlichtingswaarde van zulk resumé volledig uit. Vereist is dat de resumé aan alle vereisten gesteld aan het oorspronkelijk onderzoek voldoet. Hierbij kan de vermelding van de geresumeerde tekst en zijn vindplaats, ter vergelijking zeer nuttig zijn voor de lezers.

Zowel voor een overname, als voor een vertaling, een bewerking of een samenvatting, oefent diegene die de nieuwe publicatie deed, alle rechten uit, voortvloeiende uit de nieuwe publicatie, tegenover derden.

KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN
Nederlandse afdeling
FAC. RECHTSGELEERDHEID
BIBLIOTHEEK

INHOUDSREGISTER

Inleiding	blz. 1 - 36.
° definities	blz. 1 - 9.
- informatie	2 - 3 ³
- verbruiker	4
- principe van rationaliteit	5
° de toestand van de markt	blz. 9 - 23.
- zuivere mededinging	6 - 7
- monopolie	8 - 9
- imperfecte of onvolkomen concurrentie	10
- marktcoördinatie	11
° beschrijving der gemaakte opties	blz. 23 - 25.
° wettelijke mogelijkheden van (vergelijkende) voorlichting	blz. 25 - 35.
- wettelijk verplichte etikettering	15
- normalisatie	16
- handelsklassen	17
- kwaliteitsmerken	18
- informatieve etikettering	19 - 20
° rechtvaardiging van sommige opties	blz. 35 - 36.
° praktische aanwijzing	blz. 36.

Deel I : Het vergelijkend warenonderzoek.	blz. 37 - 382.
--	----------------

Hoofdstuk I : Historiek en handelwijze bij het vergelijkend warenonderzoek

§ 1. Inleiding	blz. 37 - 45.
° definitie	23 - 31.
§ 2. Historiek	blz. 45 - 72.
° voorgeschiedenis	32.
° de start in de U.S.A.	33.
° de Engelse Consumers' Association	34.
° opmerking betreffende de waren-testorganisaties in Continentaal Europa	35.
- de Nederlandse Consumentenbond	36.
- Konsumenten Kontakt	37.
- Verbruikersunie	38.
- Vivec	39.
- Bond van Gezinnen-Verbruikers	40.
- Ligue des Familles Nombreuses	41.
- AGV	42.
- DM - Deutsche Mark	43.
- Stiftung Warentest	44.
- UFC	45.
- ADTM	46.
- OrGéCo	47.
- INC	49.
- Luxemburg	50.
- Italië	51.
- Contactcomité	52.
- BEUC	53.
- ICCU	54.

* de cijfers zonder blz. verwijzen naar de randnummers.

§ 3. Nadere Omschrijving blz. 73 - 93.

- ° kritiek op het vergelijkend warenonderzoek 56.
- ° begrenzings van het vergelijkend warenonderzoek 47.
- ° voordelen 48-50.
- ° waarschuwing 51.
- ° verloop van het onderzoek 52-53.

Hoofdstuk II : De vraag naar de gecorloofdheid van het vergelijkend warenonderzoek blz. 94 - 250.

° voorafgaande opmerking 54.

§ 1. België blz. 94 - 165.

- ° omschrijving der behandeling 55.
- ° art. 7 G.W. 56.
- ° arts. 14 en 18 G.W. 57.
- ° Drittwirkung 58.
- ° Toepassing op het vergelijkend warenonderzoek 59.
- ° verhouding persvrijheid en vrijheid van beroep of bedrijf 60.
- ° de plicht tot gelijke behandeling 61 - 63.
- ° recht op anonimiteit voor de ondernemer 64 - 67.
- ° toepasselijkheid der WHP ? 68 - 77.
 - de theorie van GÖTZEN 69 - 70.
 - art. 20 WHP en het vergelijkend warenonderzoek 72 - 73.
 - misaching van deontologische plichten 74 - 77.
 - uitzending door radio en televisie 78.
- ° aansprakelijkheid van de testorganisatie 79 - 82.
 - vorm van de schadeoosstelling 82.
- ° optreden tegen het onderzoek vóór de publicatie ervan 84.
- ° het recht op antwoord 85.

§ 2. Duitsland blz. 165 - 208.

- ° voorafgaande opmerking 86 - 87.
- ° art. 2 GG 88.
- ° art. 5 GG en zijn beperkingen 89 - 92.
- ° de regels der oneerlijke mededinging en hun mogelijke toepassing 93 blz. 170 - 175.
- ° de quasi-delictuele aansprakelijkheid 94 - 95.
- ° het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid 96.
- ° de evolutie der rechtspraak over de verhouding van het recht op de handelszaak en de vrijheid van meningsuiting 97.
- ° het mededelen van meningen 98.
- ° het mededelen van feiten 99.
- ° het mededelen van waardeoordelen 100.
- ° de plicht van gelijke behandeling 101.
- ° de bewijslast 102.
- ° de sancties 103 - 104.

* optreden tegen een warenwet voor zijn publicatie 105.

§ 3. Nederland blz. 209 - 248.

- * art. 7 G.W. 106 - 107.
- * de eis van gelijke behandeling 108.
- * de leer der onrechtmatige daad 109.
- * de verhouding tussen het recht van vrije meningsuiting en het recht op een ongestoorde beroeps- of bedrijfsuitoefening 110.
- * geen recht op anonimiteit 111.
- * onrechtmatigheid van de warenwet 112.
- * schuld 113.
- * schade 114.
- * oorzakelijk verband - 115.
- * Schutznorm-karakter der overtreden norm 116.
- * beledigingsactie 117.
- * mogelijke rechtvaardiging 119 - 120.
- * art. 1416 a-d B.W. 121.
- * vorm der schadeloosstelling 122.
- * het rechterlijk bevel 123.

Besluit blz. 249 - 250.

Hoofdstuk III : De vereisten die moeten gesteld worden aan het verge-
lijkend warenonderzoek blz. 251-382.

§ 1. Inleiding blz. 251 - 253.

§ 2. De Neutraliteitseis blz. 253 - 287.

- * definitie 128.
- * beoordelingsmaatstaf 129.
- * financiële onafhankelijkheid 130 - 141.
 - voorzien in zake inkomsten 131 - 135
 - aard der financiële tegemoetkomingen 136 - 137
 - kostenloze toezending van te testen waren 138
 - testen op bestelling 139
 - opnemen van advertenties 140
 - verkoop in grote oplage aan gunstig beoordeelde 141
- * personele neutraliteit 142.
- * organisatorische principes 143.
- * organisatie van het testinstituut 144.
- * verzachting van de principes 145.
- * gevaren vanuit de gekozen organisatievormen 146.

§ 3. De vereiste van objectiviteit blz. 287 - 367.

- * definitie 147.
- * plaarling van het onderzoek 148.
- * de eedruimte 149.
- * overeenstemming testprodukt - marktprodukt 150.

- anonimiteit van de aankoop	151
- aantal proefobjecten	152
° Is dwang mogelijk om bepaald produkt te doen testen	153.
° de volledigheid van het onderzoek	154 - 157.
- twee betekenissen	154
- onderzoek van alle eigenschappen	155
- onderzoek van het gehele assortiment	156
- beoordelingsprincipe	157
° vergelijkbaarheid der produkten	158.
° de in aanmerking komende testinstituten en de wijze van onderzoek	159 - 161.
° produkten die niet kunnen onderzocht worden	162 - 165.
- wegens de aard der tests	163
- wegens de strafbaarheid van hun aanprijzing	164
- wegens hun aard	165
§ 4. De eis van een zakelijke redactie van het testbericht
blz. 367 - 382.	
° definitie	166.
° waardering der produkten aan het einde van het bericht	167 - 170.
- een afsluitend waardeoordeel	168
- de waardering der afzonderlijke kwaliteiten	169
- globale kwaliteitswaardering per produkt	170

Deel II : De vergelijkende reclame als middel tot voorlichting van de consument. blz. 383 - 590.

° Inleiding	172.
§ 1. De reclame. Haar wezen en doel blz. 384 - 393.
° wezen en doel van de reclame	173 - 174.
° evolutie in de opvattingen over het wezen van de reclame	175.
§ 2. Vergelijkende reclame : haar wezen en de juridische beoordeling van haar verschijningsvormen blz. 393 - 416.
° wezen	176.
° vergelijkingen met de eigen produktie van de adverteerder	177.
° persoonlijk vergelijkende reclame	178.
° de vergelijkende reclame stricto sensu	179 - 181.
- de hogerstelling en de gelijkstelling	179.
- de economische betekenis daarvan	180.
- de parasiterende reclame	181.
° superlatief- en comparatiefreclame	182 - 186.
° inleiding tot de verdere uiteenzetting	187 - 188.
§ 3. Rechtmatigheid der kritisch-vergelijkende reclame in het belang van de consument ? blz. 417 - 442.
° inleiding	189.
° wat is informatie ?	190.
° hinderpalen gesteld aan het informatief karakter van de reclame	191 - 194.

- naar de media 191
- onderscheid industriële en consumptiegoederen 192
- prestigereclame 193
- beperkingen uit de wet 194
- ° het oordeel van de econoom 195 - 196.
- ° het verbod vergelijkende warenonderzoeken te gebruiken als argument 197.
- ° vergelijkende reclame, noodzakelijk om monopolies tegen te gaan 198.
- ° het argument vanuit het eigenbelang van de adverteerder 199.
- ° voorlopig besluit 200.
- ° zwakheden in de argumentatie 201.
- ° recht op informatie 202 - 204.
 - passiefzijde 203
 - het verstrekken ervan 204
- ° de positie van verderverkopers 204bis.
- ° het belang van de concurrentie 205.
- ° het belang der verbruikers 206.
- ° besluit 207.

§ 4. Globale beschrijving en kritiek van de opvattingen van de voorstanders van een principieel toelaten van vergelijkende reclame ten bate van de consument blz. 442 - 456.

- ° wijze van argumenteren 208.
- ° kritiek 209 - 221.
 - a. men miskent de economische realiteit 209 - 215.
 - b. men miskent een historische realiteit 216.
 - c. het merendeel der handelaars houdt aan het verbod 217.
 - d. taak van de rechtspraak 218 - 219.
 - e. de adverteerder is geen aangewezen persoon tot waarneming van het algemeen belang 220 - 221.

§ 5. Onderzoek der vereisten die moeten gesteld worden aan de vergelijkende reclame blz. 457 - 484.

- ° Inleiding 222.
 - a. waarheid of juistheid 223 - 225.
 - b. volledigheid 226 - 233.
 - c. zakelijkheid 234 - 236.
- ° besluit 237.

§ 5. De juridische beoordeling van de vergelijkende reclame in België, Duitsland, Nederland en Zwitserland blz. 484 - 573.

- a. België blz. 484 - 513.
 - art. 19-20 WHP 238 - 239.
 - het begrip noodzaak 240 - 241.
 - rechtvaardiging in het belang van het publiek 242.
 - de betroffenheid 243
 - aanhangsel : overzicht van de recente rechtspraak over handelspubliciteit 244 - 246.

b. Duitsland.

blz. 513 - 539.

- algemeen overzicht	247	
- schets van de evolutie der rechtspraak		248 - 255
+ 20% unter dem empfohlenen Richtpreis	249	
+ Kuppelmuffenverbindung	250	
+ Pelzversand	251	
+ 40 % können Sie sparen	252	
+ Schornsteinauskleidung	253	
+ Tauchkühler	254	
+ Motorjacht	255	
- waardering der rechtspraak		256.

c. Nederland

blz. 539 - 558.

- voorafgaande opmerking	257	
aa. de rechtspraak van de Hoge Raad		258 - 266.
+ Ochtendvoer	258	
+ Somnifen - Soluberb	259	
+ Dogcake	260	
+ NSB - Pesie	261	
+ Dreigementsarrest	262	
+ Stichten van verwarring	263	
+ Monti-bouwstenen	264	
+ Delfts blauw	265	
+ Snelkookpenndemonstratie	266	
bb. de rechtspraak der lagere rechtbanken		267
cc. bespreking		268 - 270.

d. Zwitserland.

blz. 559 - 573.

- art. 1 UWG	272	
- art. 48 OR	273	
- de rechtspraak		274 - 280.
+ Singer	275	
+ Levensverzekeringsmaatschappijen	276	
+ Henniez	277	
+ Maggi	278	
+ Migros v. Henkel	279	
+ Migros v. Sunlight	280	
+ Migros v. Lux	281	
- beoordeling	281	

§ 6. Besluit

blz. 574 - 590.

° de verschillende belangen	282 - 283.
° de rechtspraak	284.
° waardering van het verbruikersbelang	285 - 286.
° de macht van de verbruikers	287.
° waardering van het belang der concurrenten	288.
° de eis van noodzaak	289.
° de bewijslast	290.
° de eigen aard der concurrentiewetgeving	291.
° de eigenheid van de Nederlandse regeling	292.
° rechtvaardiging van een principieel verbod	293 - 294.

zoek.	blz. 591 - 688.
§ 1. Inleiding.	blz. 591 - 592.
§ 2. De verschillende vormen van reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek.	blz. 592 - 601.
° de enkele verwijzing naar een test	296.
° het gebruiken van uittreksels uit waren tests in de reclame	297.
° de reclame met samenvattingen van testberichten	298.
° het gebruik van het integrale testbericht	299.
§ 3. Rechtmatigheid van de reclame met vergelijkende warenonderzoeken of delen daarvan tegenover de concurrenten. ...	blz. 601 - 612.
° principe van aansprakelijkheid	300.
° volledigheid vereist ?	301.
° de onvolledige weergave	302.
° naast elkaar bestaan van meerdere tests	303.
° de test als Systemvergleich	304.
§ 4. Rechtmatigheid van de reclame met vergelijkende warenonderzoeken of delen daarvan tegenover de testorganisatie. blz.	612 - 672.
° uitgangspunt	305.
a. het persoonlijkheidsrecht	306 - 310.
- omvang	307.
- rechtspersonen	308.
het economisch begrip onderneming	309.
- geen privésfeer voor rechtspersonen	310.
b. het recht op de naam	311.
c. de professionele standing en de reputatie	312 - 314.
d. de auteursrechtelijke bescherming van testberichten	315 - 330.
- principe der auteursrechtelijke bescherming	315.
- het publiek expositierecht	316.
- het reproductierecht en het bestemmingsrecht	317 - 320.
+ het executierecht	318.
+ de Erschöpfungsgrundsatz	319.
+ de situatie in Nederland	320.
- de bewerking, de adaptatie en de vertaling	321.
- het recht van citaat	322 - 324.
+ België	322.
+ Duitsland	323.
+ Nederland	324.
- het moreel recht van de auteur	325 - 330.
+ algemeen - de mogelijkheid voor rechtspersonen, morele rechten te hebben en/of uit te oefenen	325.
+ het moreel recht van openbaarmaking en om zich te distancieren van het openbaar gemaakte werk	326.
+ het recht van vaderschap	327.
+ het recht zich te verzetten tegen krenkende wijzigingen aan het werk	328.
+ wanneer is er aantasting van het moreel recht ?	329.
+ bezwaren tegen de toepassing van het droit moral van de auteur op de reclame met waren tests	330.

e. bescherming van de titel	331 - 335.
- algemeen	331.
- het merkenrecht	332 - 333.
+ België en Nederland	332.
+ Duitsland	333.
- het auteursrecht	334.
- onrechtmatige daad	335.

§ 4. Dient de rechtmatigheid van de reclame met vergelijkend warenonderzoek te worden aanvaard of te worden bepleit omwille van haar voorlichtende waarde voor het publiek ? blz. 672 - 67.

§ 5. De invloed van het onrechtmatigheidsoordeel uitgesproken over de reclame tegenover de testorganisatie op het oordeel over de rechtmatigheid van deze reclame tegenover de andere ondernemers in de test vermeld. blz. 674 - 684.

° probleemstelling	339.
° verband met de problematiek der vergelijkende reclame	340.
° België	341.
° Duitsland	342.
° Nederland	343.

§ 6. Samenvatting. blz. 684 - 686.

Appendix : Historiek van de reclame met vergelijkend warenonderzoek blz. 687 - 688.

Eenkele vaststellingen, dienstig als besluit blz. 689 - 692.

Bijlagen: zie inhoudsregister vooraan in boekdeel III.

oooooooooooooooooooooooooooo

DEEL II: DE VERGELIJKENDE RECLAME ALS MIDDEL TOT VOORLICHTING VAN DE CONSUMENT.

Inleiding.

172. Bij de middelen die de producent of de handelaar ter beschikking staan om de verbruikers voorlichting te bieden, is er slechts één dat vergelijkende gegevens kan bevatten. Alhoewel merken, labels en gebruiksaanwijzingen of andere begeleidende teksten bij het produkt mogelijk waardevolle informatie kunnen bieden (1), uit hun aard zelf volgt dat zij geen vergelijkende gegevens kunnen bevatten, zonder dat zij meteen als reclame zouden moeten beschouwd worden. Men kan daarover redetwisten zo de vergelijkende gegevens dragen op het erdoor begeleide produkt en een abstracte, niet producentengebonden technische norm. Wordt naar andere ondernemers of hun produkten of hun handelsactiviteiten verwezen, dan is het duidelijk dat het om reclame gaat, daar de bedoeling voorziet het eigen produkt of de eigen diensten te doen verkiezen boven die van anderen.

Ook omdat zij het enige voorlichtingsmiddel is dat toelaat economisch nuttige vergelijkingen te maken met andere produkten, komt de reclame alleen in aanmerking voor onderzoek binnen de hier gestelde perken. Indien het mogelijk te achten is dat vergelijkingen op labels of gebruiksaanwijzingen en dgl. voorkomen, dan is de tekst die deze inhouden een reclametekst en zal hij als dusdanig

(1) Op deze kwestie zijn wij elders ingegaan. Zie: L.BALLON, Is het merkenrecht een nuttig instrument van verbruikersvoorlichting?, T.P.R., 1971, 351 e.v.

worden beschouwd.

Hiermede hebben wij reeds verondersteld dat geweten is wat reclame is en dat zij vermag informatie te bieden aan de consument. Nochtans dringt zich hier allereerst op klaar te stellen wat reclame is en waarin haar informatief karakter bestaat: uiteenlopende definities worden vooropgesteld door de beschouwde literatuur en deze hebben hun weerslag op de voorgestelde oplossingen.

§ 1. De Reclame. Haar wezen en doel.

173. Al naargelang meer nadruk wordt gelegd op haar doel of op haar inhoud worden verschillende definities vooropgesteld van de reclame. Beide moeten, omwille van een anders dreigende eenzijdigheid, gecombineerd worden.

Traditioneel werd het wezen der reclame voornamelijk omschreven door in hoofdzaak de nadruk te leggen op haar doel, namelijk van bekendheid te geven aan produkten en diensten vanwege hun producent of de verdelers ervan en het beïnvloeden van het koperspubliek of de verhandelaars om tot de aankoop of het verder verkopen van het geadverteerde produkt of het gebruik van deze diensten over te gaan (2).

(2) AIBACH Horst, Tw. Werbung, Handwörterbuch der Sozialwissenschaft, IX, blz. 624; DE GRUYTER, Tw. Reklame, Katholieke Encyclopedie; Tw. Reclame, Grote Winkler Prins; Tw. Publicité, Grand Larousse Encyclopédique; HEFNER, H.W., Effective Advertising, blz. 22; VAN BAARLE en ZEYLSTRA, Reclame. Principes en praktijk, blz. 3; BREWSTER en PALME, Introduction to Advertising, blz. 20-28; ROWSE en FISCH, Fundamentals of Advertising, blz. 32-45; STRODTHOFF, Werbung in Wirtschaft und Recht, blz. 2; VOETELINK, Toelaatbare en ontoelaatbarer reclame, blz. 137; BERKHOUWER, Toelaatbare en ontoelaatbare reclame, blz. 10; BAUMBACH-HMFFERMENT, o.c., nr.1 bij het overzicht voor § 3 UWG; HUNDHAUSEN, Wesen und Formen der Werbung, blz.50-64; OLG Köln, 3 dec. 1971, GRUR, 1972, 561 (562) Kavaform.

Anderen leggen vooral de nadruk op de informatie die reclame verstrekt, omdat zij noodzakelijk middel is tot contact met het publiek en zij geven meteen opsommingen der mogelijke media (3).

Uitzonderlijk heeft men getracht het probleem ruimer te vatten en elke vorm van handelspubliciteit te vatten in definities die reclame en public-relations overspannen, door de nadruk te leggen op de polariteit in de reclame tussen producent en consument, tussen haar economische en haar sociale functie (4). Deze definities die niet alleen economische, maar ook psychologische en sociologische implicaties hebben, kunnen hier niet ter sprake komen, daar het gros der economische literatuur en de gehele juridische literatuur op één der twee eerste definities of op een combinatie van beide afstemt.

(3) STRODMHOFF, o.c., blz. 17-22 met vele verwijzingen; FULIG H.K., Oekonomische Beurteilung der vergleichenden Werbung, blz. 37 e.v.; Tw. Advertising, Encyclopedia Britannica; FAUCONNIER G., De reclame: sociaal-economische en ethische beschouwingen, Cepess-Documenten, 1963, nr. 5, 61 (64).

(4) CRAMER, o.c., blz. 72 e.v. met verwijzingen. "Werbung ist eine polar wirkende und verursachende Erscheinungsform des menschlichen Zusammenlebens, Sie verfolgt das Ziel, zwischen zwei Potentialen Beziehungen zu schaffen und zu vertiefen und wechselseitig gestalten die Interessen zu koordinieren, um damit Vertrauen zu gewinnen". (blz. 79) Vgl. International code of Advertising Practice (1966), Basic Principles.

De voornaamste kritiek die men op deze definitie kan uitoefenen is dat zij, in haar algemeenheid, ook het begrip propaganda omvat of zeer nabij komt. Propaganda is een begrip dat echter veel ruimer is dan reclame en niet tot de economische sector beperkt blijft. Men vergelijkte met de hiernavolgende tekst uit: R. en H. SELLIEN, Dr. Gablers WirtschaftsLexikon, Tw. Werbung: "1. Allgemein: Gesamtheit aller Massnahmen, durch die Einzelpersonen oder Personengruppen in ganz bestimmter Weise veranlasst werden sollen, Werbezwecke so in sich aufzunehmen, dass diese bei der Bildung von Einstellungen und Meinungen sowie beim Füllen von Entscheidungen, die sich auf das Objekt der Werbung beziehen, zur Geltung kommen. (...) 2. (...) Begriff der Werbung im engsten Sinn = Absatzwerbung. Zweck der Werbemassnahmen ist die Förderung des Absatzes von Leistungen (Sachgütern oder Dienstleistungen) eines Unternehmens oder die Veränderung seiner Umsatzstruktur."

De beide eerste definities worden gecombineerd in deze door art.19 WHP gegeven: "... wordt onder handelspubliciteit beschouwd, elke informatie die wordt verspreid met de rechtstreekse of onrechtstreekse bedoeling de verkoop van een produkt of een dienst bij het publiek te bevorderen, ongeacht de plaats en het gebruikte communicatiemedium".

De wet heeft niet alleen als voordeel dat zij in de wet werd opgenomen (5), doch zij biedt tevens een synthese der gangbare opvattingen over reclame. Zelfs aan de opvattingen over reclame als polair fenomeen komt zij enigszins tegemoet, doordat de definitie geen onderscheid maakt tussen advertising, public relations en sales promotion, zoals dit gebruikelijk is in de Amerikaanse vakliteratuur (6).

Vereist is dat een bepaalde aktiviteit geheel of gedeeltelijk op de promotie van een produkt of van een dienstenverlening is afgestemd, die in de handel zijn (7). Hoewel de definitie schijnt te

(5) Noch Duitsland, noch Nederland of Zwitserland hebben een in de wet opgenomen definitie van reclame.

(6) Advertising is het reclame voeren in beperkte technische zin. Public-relations betreffen de goede betrekkingen tussen de onderneming en de overheid, de aandeelhouders, afnemers en leveranciers, het personeel en het grote publiek, zowel wat een beïnvloeding van hun opinies betreft in verband met de onderneming of één harer bestanddelen, als wat betreft het verhoopte resultaat van deze beïnvloeding.

Sales promotion is het geheel van de reclame-aktiviteiten die beogen de medewerking van wederverkopers te verwerven: zie NIESCHLAG-DICHTLHORSCHGEN, Marketing, Berlin, 1961, blz. 303-305 gecit. bij Michael LEHMANN, Sales-promotion und unlauterer Wettbewerb, GRUR, 1974, 689 (590).

(7) VAN BUNNEN L., La publicité commerciale, J.T., 1972, 741. Niet vereist is dat men zelf rechtstreeks profijt haalt uit de handelspubliciteit om ze te kunnen doorvoeren. Dit blijkt zowel uit dit artikel als uit art.21 WHP over de trapsgewijze aansprakelijkheid. Vgl. DE VROEDE en MAES, a.c., R.W., 1975-76, 129 (133).

vereisen dat rechtstreeks verkoopbevordering wordt nagestreefd, toch is elke vorm van handelspromotie bedoeld, onverschillig of merkinge, public relations, de handelszaak zelf of louter het kweken van goodwill het eigenlijk voorwerp van de reclame waren. Immers, het zou voor de rechter een haast onmogelijke opdracht zijn om uit te maken, wat precies werd beoogd, terwijl elke handelspromotie in gelijk welke vorm de bevordering van de verkoop als verwijderd doel heeft.

De algemeenheid van deze definitie en haar onomstredenheid maken haar aantrekkelijk als uitgangspunt. Als zodanig wordt zij hier verder gebruikt (8).

174. Het wezen der reclame wordt bepaald door haar doel en dit doel bepaalt de concrete verschijningsvorm der reclame, de gebruikte middelen om tot de beoogde doelstellingen te komen. De realisatie van elke mogelijke doelstelling der reclame veronderstelt de vorming van een mening bij de aangesprokene(n) en opdat deze zich een mening zou vormen moet hij overtuigd worden van de wenselijkheid, van het nut voor hemzelf van het handelen dat van hem wordt verwacht opdat deze doelstellingen zich zouden kunnen realiseren. Vereist is dus een zekere mate aan informatie, een kennisoverdracht met voldoende overtuigingskracht opdat de aangesprokene zal handelen zoals van hem wordt verwacht, opdat de gestelde doeleinden zich zouden kunnen realiseren. Reclame is dus overredende informatie in zo nauwe vervlechting met elkaar dat in een concrete advertentie niet kan worden aangeduid wat louter informatie en wat louter overreding is. Een afzonderlijke beschrijving van beide in functie der reclame, is daarom een hopeloze taak.

(8) Nochtans dient opgemerkt dat als algemene definitie (of als veralgemeenbare definitie, over de perken der wet heen, wat krachtens de aanhef van art.19 zelf niet de bedoeling is), art. 19 WHP tekortschiet, daar zij niet de handelspubliciteit op elke trap der distributie omvat. Daar hier slechts de voorlichting ten bate van de consument wordt beschouwd, voldoet de definitie volledig.

alleen word aangeleipt dat informatie steelt op een mededelen van feiten, overreding een aansporing inhoudt. Naarmate meer preciese gegevens worden verstrekt, dan wel aansporingen met geringe kennisinhoud worden verstrekt, kan men zeggen dat een reclame sterker informatief, dan wel sterker aansporing is. Nochtans kan, gezien de aard van het geadverteerde en de beoogde doelstellingen, een preciese opsomming van gegevens een zeer sterke feitelijke aansporing inhouden tot handelen. Bij andere waren en verschillende doelstellingen is het denkbaar dat slechts aansporingen met geringe impact aan feitelijke grondslag in aanmerking komen voor succesvol adverteren (9). Reclame eist echter steeds een zekere kennisoverdracht met het doel de ontvanger van de kennis in functie van het verworven inzicht en dus volgens de door de reclame nagestreefde doelstellingen te doen handelen. Deze doelstellingen worden hierna aangeduid, doch het is in functie van het bovenstaande duidelijk dat de daaronder niet hoort het belangeloze informeren van de verbruiker, een bekommernis om de rationele meningsvorming van de verbruiker, in zoverre deze de adverteerder niet tot voordeel zou strekken (10).

Evolutie in het wezen der reclame.

175. Aan het voorgaande dient toegevoegd te worden dat de moderne

(9) Hieraan moet niet alleen voldaan zijn zo geadverteerd wordt voor waren met gering economisch nut of met niet aantoonbaar nut voor de verbruiker, doch ook zo de reclame beoogt bezitters van het geadverteerde gevoelens van trots en zelfvoldaanheid bij te brengen, met het oogmerk bij hen een blijvende gunstige ingesteldheid tegenover de waren, de producent en de verdelers ervan te scheppen. Vgl. RICHTER R., o.c., blz. 53.

(10) Reclame is wilsbeïnvloedende voorlichting met een commercieel doel, die een keuzebeperkend effect nastreeft: FAUCONNIER, a.c., l.c., Cepess-Documenten, 1963, nr. 5, 61 (63-64 en 77).

reclamevoering door het gebruik van nieuwe technieken en de verwerking en de opsporing van sociologische en psychologische verworvenheden, verder is gaan reiken dan een loutere aanprijzing en overreding, doch dat thans in de eerste plaats een motivering van de consument tot aankopen, een behoefte wordt gecreëerd, deze behoefte aan de consument wordt opgedrongen en de noodzaak wordt gesuggereerd het geadverteerde te kopen (11). Meteen is ook het consumptiepatroon van de doorsneeconsument en het fenomeen consumptie zelf aan grondige wijzigingen onderhevig geworden (12). Hieruit volgt dat het adverteren slechts beoordeeld wordt door de adverteerders naar haar efficiëntie. Dit is de eerste bekommernis der adverteerders, naar wier overtuiging zich toch het recht in meerdere of mindere mate richt bij de beoordeling der rechtmatigheidsvraag (13).

(11) Daarover zijn sinds Vance PACKARD, *The Hidden Persuaders*, een pleiade van werken verschenen. In volgorde van belangrijkheid worden volgende doeleinden door ROWSE en FISCH, o.c., blz. 32-45 opgesomd: goederen verkopen en een vraag scheppen; de consument vertrouwd maken met het gebruik van het produkt; de exclusieve eigenschappen van een goed benadrukken, het introduceren van bepaalde stijlen en gewoonten; overreding tot het betreden van de verkoopsruimte; het creëren van goodwill; het voorbereiden van het terrein voor de verkoper; het benadrukken van een merk of een slogan; het accentueren van de relatie tussen het goed en de producent; het voorstellen van verkooppunten. Vgl. BREWSTER en PALME, o.c., blz. 20-28; HUNDHAUSEN C., *Wesen und Formen der Werbung*, blz. 61-98.

(12) Zo beschouwt GALBRAITH, *The New Industrial State*, de gebruikelijke voorstellingswijze als achterhaald, omdat de produktie niet meer door de vraag wordt bepaald, maar er een management der doelgerichte vraag is ontstaan. Vgl. COLES, o.c., blz. 53 met verwijzingen.

(13) De eerlijke handelsgebruiken: art. 54 WHP; die gute Sitten im geschäftlichen Verkehr: art. 1 UWG; la bonne foi of Treu und Glauben: art. 1 Zw. UWG. Alle kennen aan de rechter een correctieve taak toe, waarvolgens hij onbehoorlijke gebruiken, waarop een beroep zou worden gedaan, kan weren. In Nederland is de rol der professionele gebruiken veel minder doorslaggevend bij de bepaling van wat in het economische verkeer betaamt tegenover andermans persoon en goed. Daarover infra.

Daarom dient dit streven naar efficientie eerst nog even nauwkeuriger bekeken te worden, hoewel de efficientie zelf juridisch grotendeels (13bis) irrelevant is en het voornamelijk de wijze waarop reclame wordt gemaakt is die aanleiding kan geven tot de veroordeling der gevoerde reclame. De nagestreefde doeleinden worden dan ook in functie der gebruikte middelen beoordeeld.

Voor de adverteerder is het een economische noodzaak nauwgezet rekening te houden met de efficientie van zijn reclame en deze voortdurend te controleren en bij te scherpen. Deze efficiëntie hangt in grote mate af van de klaarheid en de duidelijkheid waarmee het appél aan een koopmotief wordt gemaakt (14). Daartoe worden alle mogelijke snaren bespeeld, daarvoor is geen enkele menselijke emotie nog heilig en wordt zelfs voor een goed deel aan magie gedaan (15). Beroemd is het voorbeeld van de Amerikaanse zeepproducent die jarenlang met kwaliteitsreferenties had reclame gemaakt voor haar toiletzeep, tot uit een marktprospectiecontrole bleek, dat haar zeep op de eerste plaats werd gekocht "omdat ze zo goed in de hand

(13bis) De efficiëntie van een gevoerde en onrechtmatig geoordeelde reclame zal bepalend zijn voor de hoogte van de schadeloosstelling en kan bepalend zijn voor de wijze van schadeloosstelling. Zoals hier: H.R., 4 jan. 1952, N.J., 1953, 158 waar gesteld werd dat het feit dat de aangesprokenen aan de onjuiste mededelingen geen gehoor hadden gegeven doch een onderzoek naar hun waarheid hadden ingesteld, irrelevant werd geacht voor de beoordeling der rechtmatigheid. Ook HOUWING, in zijn noot onder dit arrest wijst hierop. Zie ook art. 58 WHP dat publicatie van het vonnis (slechts) toelaat zo deze kan bijdragen tot de staking van de aangeklaagde daad of van haar nawerking.

(14) COPELAND Melvin, Principles of Merchandising, blz. 287-288.

(15) STUART CHASE en SCHLINK, Your Money's Worth, blz. 2-3. Vgl. COLES J.V., o.c., blz. 53: "(Non-informative) Advertising... is sometimes defended on the ground that since it increases the consumer's satisfaction, it is justified. The claim has been made that consumers like to be "humbugged" and that "bunk" is what they want; therefore advertising has performed a service for which consumers ought to pay. ... The statement has been made that "from the purely economic point of view, if he thinks he is getting is value, he is, and perhaps his judgment is as good as that of the critic." (Fred E. CLARK, An Appraisal of certain criticisms of advertising. American Economic Review, XV, March, 1925, 5); CAMPBELL, o.c., blz. 22.

lag"(16). Economisch gezien dient de firma op dit laatste in te spelen, omdat dit het belangrijkste aankoopmotief voor haar produkt blijkt te zijn. Verwerkt in haar reclame zal het appél daaraan zich dus richten tot allen die de handligging van zeep belangrijk achten of bepalend voor de aankoop. Meteen echter wordt dit motief onder de aandacht gebracht van allen die er vroeger bewust of onbewust geen aandacht aan schonken.

De eis van efficiëntie der reclame heeft voor dit onderzoek echter één direct gevolg: met name blijkt hieruit een krachtig argument te kunnen worden geput om aan reclame geen altruïstische motieven toe te schrijven en om haar voorlichtingsmogelijkheden principieel als beperkt en ondergeschikt aan haar werkelijk doel, te overreden tot de aankoop, te beschouwen. Het debat over de mogelijkheden en het nut der reclame voor de consument heeft echter wel enige invloed gehad. Aldus lijkt de traditionele marketingwet dat reclame de mensen doet geloven dat wat massaal geadverteerd wordt of wat iedereen gebruikt, ook goed en kopenswaard moet zijn,

(16) JOETZE, o.c., blz. 34 met verwijzingen naar verscheidene auteurs die dit voorbeeld aanhalen. Interessant, doch naar het geldende recht onhoudbaar is zijn opvatting over het principe van het afzinken van de reclameoppervlakte, waarvolgens de adverteerder het eenmaal bereikte doorsneeniveau van reclame niet al te zeer in latere reclame mag onderkruipen, omdat hij anders bepaalde cultuurinteressen van de publieke opinie zou schaden, waarvoor hij moet instaan (blz. 40).

Dit principe berust op een verwarring van de algemene pers en de reclame. Het is niet omdat de inhoud der reclame de bescherming van de meningsuitingsvrijheid geniet, dat het adverteren net als de activiteit der pers een sociaal verantwoordelijke taak zou moeten toegemeten krijgen voor de collectieve opvoeding en de beïnvloeding van het collectief geweten. Er is geen rechtsplicht voor de pers haar taak als "moralische Anstalt" consequent te behartigen, zoniet zou er geen sensatiepers bestaan. Ook voor de reclame vindt men geen juridische grondslag waarvolgens een bewust of nalatig afzwakken van de reclameoppervlakte zou kunnen worden gesanctionneerd, indien geen bijkomende omstandigheden dit rechtvaardigen. Het kan wel het geval zijn (venire contra factum proprium, een rechtsuitoefening in strijd met de vroegere eigene gedragingen van de handelende persoon) niet kunnen worden ingeroepen, daar

.../...

stilaan in al zijn absoluutheid te worden ondermijnd, doordat men er van overtuigd is dat de adverteerder op één of andere wijze dient te zeggen waarom het geadverteerde goed en kopenswaard is. Onder invloed van polaire opvattingen over reclame heeft men daarop voortbouwende beweerd dat reclame niet alleen voor de producent, maar ook voor de consument moet produktief zijn. Zo zou dan vanuit het oogpunt der verbruikersvoorlichting elke reclame onproduktief zijn die geen of weinig zakelijke kennis bijbrengt. De bedoeling zou dan zijn dat men verbruikersproduktieve reclame ook producenten- of verkoopsproduktief (of omgekeerd) maakt (17). Van dit optimum staan wij thans nog zeer ver af: men mag stellen dat de reclame poogt zo efficiënt of produktief mogelijk te zijn voor de adverteerder, door waar dit past en nodig of mogelijk blijkt ook consumentenproduktief te zijn: Indien men geen utopisch standpunt inneemt dat een totale omwenteling der handelspsychologie zou vereisen dan mag men de voorlichtingsmogelijkheden van de reclame niet overschatten (18). Reclame wil immers niet zozeer

.../... dit werkelijk misbruik eist en de vroegere gedragingen die thans met de voeten worden getreden duidelijk aanwijsbaar moeten zijn: STAUDINGER, o.c., § 242 BGB, D 329 e.v.

(17) HERZOG, Aufgaben und Möglichkeiten der Verbraucheraufklärung, in BOCK J. en SPECHT K., Verbraucherpolitik, blz. 329 e.v.

(18) Sommige auteurs gaan van een diametraal daartegenover gesteld standpunt uit, en nemen als axioma aan dat de verbruiker iets anders verwacht als zakelijke en economisch nuttige informatie over de gebruiksmogelijkheden van een produkt. De koper wenst zich niet te laten leiden door zijn behoeftenschema, doch eerder door een wensenscala dat steunt op het mogelijk te verwerven sociaal aanzien of het gevoel te behoren tot een bepaalde groep. De verbruiker zou dan niet zozeer zakelijke informatie wensen, dan wel in hoeverre de aankoop van het geadverteerde produkt een sociale differentiatie in de hand werkt. Hiermee hangt ook samen een verandering aan gehalte van het begrip der marktdoorzichtigheid: daar de verbruiker in overeenstemming met zijn waardenormen, verwachtingen, overtuigingen inzake consumptie, consumptiepatroon en groepsgevoel handelt, behoeft hij geen volkomen marktdoorzichtigheid, doch slechts een voldoende afscheiding der produkten tegenover die der concurrenten wat betreft hun psychologisch profiel.

.../...

doen denken dan wel doen kopen. Daartoe vorst vooral het merk een belangrijke schakel doordat het dient om de waar te identificeren en als van een bepaalde onderneming afkomstig te doen doorgaan. Bij gebruik ervan in de reclame staat dit merk aan twee grote gevaren bloot, die negatieve gevolgen zijn van een zeer efficiënte reclame : de verwording ervan tot soortnaam en het gevaar dat wanneer het merkartikel wordt gevraagd, een concurrerend produkt door de verkoper wordt afgeleverd, als correlaat van de verwording tot soortnaam (19).

§ 2. Vergelijkende Reclame: haar wezen en de juridische beoordeling van haar verschijningsvormen.

Wezen.

176. Vergelijkende reclame ontstaat zo op gelijk welke wijze in een reclame een vergelijking of een verwijzing gebeurt naar of tussen gegevens waarvan verwacht wordt dat ze de aankoopbeslissing of de opinie van de consument over de verschillende concurrenten zouden kunnen beïnvloeden, en waarbij de medegedeelde gegevens niet alle dragen op eenzelfde produkt van eenzelfde ondernemer, op diens persoon of op zijn onderneming. Meteen zijn reeds algemeen enkele verschijningsvormen van vergelijkende reclame vermeld (20). Om haar echter juridisch relevant aan te wijzen tegenover

.../...Voor verbruikers is de markt dan ook transparant, wanneer zij ervaren, beleven of voelen kunnen welke sociale, culturele of sexuele symboolgehaltes produkten en diensten in zich bergen. BRUCKNER P., Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, blz. 32-55; Zie verder, de citaten op vorige bladzijde, noot 15.

(19) Dit laatste is een onrechtmatige (mededingings)handeling: Kooph. Brussel, 1 dec. 1926, J.C.B., 1926, 492 met verdere verwijzingen in noot; Kooph. Brussel, 26 maart 1935, J.C.B., 1936, 133, hoewel de eis werd afgewezen wegens onvoldoende bewijs. Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 16 bij § 1 UWG; OLG Karlsruhe, 30 jan. 1968, GRUR, 1969, 141 (142), Buzella. Zie verder: DE CALUWE, DELCORDE, LEURQUIN, o.c., blz. 764 e.v.; COPPIETERS DE GIBSON, o.c., nr. 252 e.v. Geen merkinbreuk: Corr. Luik, 28 febr. 1962, Pas., 1962, III, 33.

(20) Vgl. EICHMANN, o.c., blz. 1: "Die Werbung verwendet Vergleiche .../...

niet-vergelijkende reclame, komt het aan op de indruk die in concreto gewekt wordt hij de niet bevooroordeelde doorsnee-lezer of waarnemer (21). Aldus heeft men met vergelijkende reclame te doen, zo volgens de indruk die erdoor bij zulke lezer of waarnemer wordt gewekt, de waren worden gesteld tegenover die van een mededinger of van een handelaar die geen concurrent is of zelfs tegenover verhandelbare goederen die normaal of omwille van uitdrukkelijke rechtsregelen niet geacht worden in het handelsverkeer betrokken te zijn met het doel op de produktie van de adverteerder te roemen (22).

Vergelijkingen met de eigen produktie van de adverteerder.

177. Vergelijkingen die de eigen produktie van de adverteerder betreffen kunnen nuttig zijn voor de verbruiker omdat zij hem binnen één bepaalde produktensoort inlichten over de types en uitvoeringen die daarvan bestaan binnen het assortiment van één ondernemer en omdat hem de mogelijkheid geboden wordt tot een beter overzicht over het aanbod en de aangepastheid daarvan aan zijn behoeften te komen. Hoewel geen concurrenten of andere handelaars bij het eigen aanbod worden betrokken, toch zijn dergelijke vergelijkingen niet totaal vrij doorvoerbaar, daar men niet alleen met eigen prestaties moet concurreren krachtens de prestatienorm in de concurrentiestrijd, doch slechts op eigen arbeid mag roemen in de mate dat men zich houdt aan een waarheids-

.../... bildhafter oder allgemeiner Art, Vergleiche mit eigenen Angebote, Vergleiche mit der Person des Konkurrenten und Vergleiche mit konkurrierenden Angebote."

(21) Zie bv. Kooph. Brussel, 13 juni 1935, J.C.B., 1935, 289 (291) bev. Brussel, 4 jan. 1936, J.C.B., 1936, 135 (136), prijskalf; BGH, 8 april 1952, GRUR, 1952, 582 (583), Sprechstunden; H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, noot Ph. A.N.H.

(22) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 297. Vgl. Code de la publicité pour les médicaments et traitements médicaux s'adressant au grand public, Ing.Cons., 1965, 55 e.v.

getrouw, niet misleidend rapporteren daarover (23). Slechts de moeilijk ernstig te nemen overdrijvingen worden daarvan vrijgesteld (24). Met vergelijkingen met de eigen produkten kunnen voor de behandeling van hun juridisch statuut worden gelijkgesteld, de vage verwijzingen naar alle concurrenten, zonder dat dezen herkenbaar gemaakt zijn: in beide gevallen is er geen werkelijk vergelijkende reclame in de hoger beschreven zin (25).

Persoonlijk vergelijkende reclame.

178. Een tweede categorie is deze der persoonlijk vergelijkende reclame. Zij wordt, buiten Duitsland (26), bij de zwartmaking gerekend, zo men als vergelijkingspunt niet de eigen persoon neemt, doch zich beperkt tot het mededelen van depreciërende oordelen over de persoon van de concurrent of zijn onderneming. Gehoopt wordt dat de mededeling van zulke gegevens de consumenten ertoe zal overhalen om de eigen produkten te gaan kopen

(23) GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 935; ULMER, Oneerlijke Mededinging, I, E.E.G., blz. 122 e.v.; ULMER-SCHRICKER, o.c., blz. 410 e.v.; MARTENS S.K., in DRION H., Onrechtmatige daad, VI, nr. 162, alle met verwijzingen.

(24) GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 940 e.v.; ULMER, o.c., blz. 131; ULMER-SCHRICKER, o.c., blz. 382; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, nr. 413; BERK-HOUWER, o.c., blz. 57 e.v.; MARTENS S.K., o.c., nr. 161; EICHMANN, o.c., blz. 151 e.v.; BEEKHUIS C.H., o.c., blz. 38 e.v. met uitvoerige verwijzingen.

(25) De Belgische rechtspraak lijkt op dit terrein vrij streng en neemt gemakkelijk aan dat een groep van concurrenten voldoende herkenbaar werd gemaakt. Meestal treedt dan als eiser tot staking een professionele vereniging op. Zie: Voorz. Kooph. Brussel, 31 okt. 1957 en Brussel, 6 dec. 1958, Ing.Cons., 1959, 377 (bewering dat de eigen prijzen lager liggen dan die van gelijk welke Brusselsse juwelier); Voorz. Kooph. Brussel, 3 jan. 1972, Ing.Cons., 1972, 89, noot DE GRYSSE, (vermelding op een aanplakbiljet van de afkorting TIR (gebruikt door de ondernemers van internationaal wegvervoer) door de NMBS). Daarover: SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 399 e.v.; Adde: J. STUYCK, noot onder Kooph. Leuven, 6 juni 1974, R.W., 1974-75, 1959 (1963 e.v.).

(26) In Duitsland is de term Anschwärzung voorbehouden voor die.../...

(27). Zeer nuttig is deze vorm van reclame niet voor de beoefenaar ervan, vermits de eventuele vrijkomende omzetmogelijkheden door alle niet-betroffen concurrenten gelijkelijk kunnen worden geaccapareerd, indien niet allen betroffen worden of indien in de reclame niet meteen wordt geworven voor diegene van wie ze uitgaat.

Zij wordt, zelfs door voorstanders van een mildering van het verbod van vergelijkende reclame, verboden geacht, omdat de persoon van de aanbieder of speciale kenmerken van zijn onderneming zonder enig belang zijn voor de gebruiker (28). Dit argument is in zijn algemeenheid juridisch noch economisch totaal onbedenklijk. Deze opvatting steunt op een statisch en zuiver theoretisch concurrentiebegrip, waarbij het de consument totaal indifferent is van wie hij koopt. Dat dit in de huidige sociale markteconomie nog zelden het geval is, hoeft geen betoog. Op bepaalde persoonlijke eigenschappen wordt zelfs vaak de nadruk gelegd en niet alleen in de reclame, maar bijvoorbeeld ook door de etikettering,

.../...concurrentiehandelingen die onder § 14 UWG vallen, namelijk het staande houden of verbreiden van niet bewijsbaar waar zijnde feiten. De persoonlijk vergelijkende reclame valt daar dus slechts onder zo ze onjuist is of zo de juistheid ervan niet kan worden bewezen.

(27) EICHMANN, o.c., blz. 3; REIMER D., Persönliche und vergleichende Werbung in der Deutsche und Französische Rechtsprechung, blz.8; BORCK, Bezugnehmende Werbung - Versuch einer Bestandsaufnahme, WRP, 1961, 1(2).

(28) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 22 bij § 1 UWG; REIMER E., o.c., Kap. 78, nr. 5; JORG K.P., Die vergleichende Werbung, blz. 51-52 met verdere verwijzingen. Adde: NORDEMAN, o.c., nr. 328; blz. 87; BRINKMANN, Markttransparenz und Wettbewerbsrecht, blz. 52; BGH, 6 okt. 1965, GRUR, 1966, 92 (94), noot KRIEGER, Bleistiftabsätze. Vgl. MÜLLER, Moraal en zakenleven, blz. 137; SLAGTER o.c., blz. 131; VAN BUNNEN L., Le statut de la publicité dite comparative, Ann.Dr.,XXX, 1970, 35 (36-37).

slogans, of het voeren van collectieve merken (29). De grondidee van een verbod voor deze vorm van vergelijkende reclame lijkt te moeten berusten op de afkeuring door de rechtsorde van de poging die aan persoonlijke reclame ten grondslag ligt, het afkeurend oordeel van het publiek over de persoon van de ondernemer of over de onderneming op grond van de medegedeelde feiten of waar-deringen ook te doen dragen op de economische prestaties, hoewel daarover niets wordt medegedeeld. Grondslag is dus eerder de uitbuiting van de antipathieën van het publiek en het suggereren van een niet noodzakelijk en niet bewezen verband tussen het gedrag, de eigenschappen van een persoon of een onderneming en de waarde van zijn economische prestaties. Zelfs al pleit men voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame in het belang van het publiek, dan nog is persoonlijk vergelijkende reclame onaanvaardbaar: de concurrentiestrijd is essentieel een prestatiestrijd en daarin wordt een vreemd, onzakelijk element ingebracht dat op de gevoelens en de vooroordelen van de aangesprokene appeleert (30). Het is duidelijk dat geen enkel motief, - tenzij mogelijk afweer tegen een vroegere gelijkaardige aantasting (31) - zulke wijze van

(29) Daarover: BALLON, a.c., TPR, 1971, 361 e.v. met voorbeelden.

(30) Er bestaat immers een zekere plicht van zakelijkheid in de reclame, ^{waar} volgens het uitbuiten van menselijke zwakheid kan verboden zijn: GOTZEN, noot sub Voorz. Kooph. Turnhout, 28 april 1971, R.W., 1971-72, 1069 (1072); Voorz. Kooph. Brussel, 3 sept. 1974, J.T., 1975, 121; GRUR AIT, 1975, 179, Capi A 28; BIELER, Gedanken zur Tiefenpsychologie und zum Grundsatz der Sachlichkeit der Werbung, GRUR, 1972, 530; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 6 bij het overzicht voor § 3 UWG; ULMER-BAUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, blz. 210; SLAGTER, o.c., blz. 130 e.v. en 149 e.v.

(31) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 316 e.v., nr. 449 e.v.; MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige daad, VI, nr. 153 en de rechtspraak aldaar sub A I. In België is men veel strenger en wordt in dit geval meestal wederzijdse oneerlijke mededinging gezien: DE CALUWE, DELCORDE, LEURQUIN, o.c., nr. 316, blz. 445-446 en nr. 648-649, blz. 719 e.v. Meestal aanvaardt de rechtspraak slechts de zakelijke, niet-agressieve rechtzetting van foutief weergegeven gegevens: GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, blz. 981 e.v. en 1045 e.v.

de aanprijzing van de eigen waar of van lof op de eigen onderneming vermag goed te heten.

D.REIMER (32) vermeldt zeven gevallen waarin persoonlijke reclame kan worden bedreven, nl. de verwijzing naar het behoren tot een bepaald ras of volk, waarbij de adverteerder appeleert aan de xenofobie der aangesprokenen (33); naar een octrooi- of merkinbreuk; naar één of meerdere handelingen van oneerlijke concurrentie; naar de politieke gezindheid (34); naar het gebrek aan kredietwaardigheid; naar een gerechtelijke veroordeling (35) als zevende groep rangschikt hij tenslotte alle andere gelijkaardige gevallen (36). Alle zijn steeds onrechtmatig, behalve zo men een definitief vonnis van veroordeling wegens merk- of octrooiinbreuk publiceert met gerechtelijke machtiging of zonder dat men deze verkreeg, doch in dit laatste geval zal de rechtmatigheid afhangen van de concrete omstandigheden, namelijk of er geen misbruik van de pu-

(32) REIMER D., o.c., blz. 35-50 met vele verwijzingen. Verder: ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 428-429; ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, België, nr. 432 e.v.; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Nederlande, nr. 346 e.v.

(33) Impliciet goedgekeurd n.a.v. een prijsvergelijking door H.R., 24 dec. 1937, N.J., 1938, 601, noot E.M.M., Solubarb. Daarover: VELDKAMP, Het suggereren van buitenlandsche afkomst van producten, N.V., 1943, 278-279.

(34) Brussel, 17 febr. 1961, J.T., 1961, 630; Kooph. Brussel, 20 nov. 1965, J.T., 1966, 135; REIMER D., o.c., blz. 45. Omstreden in Nederland. Zie: ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, UU/2, Nederlande, nr. 350; aldus pro: H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564, noot D.J.V., Dreigementsarrest, en overtuigd contra: BERKHOUWER, o.c., blz. 91.

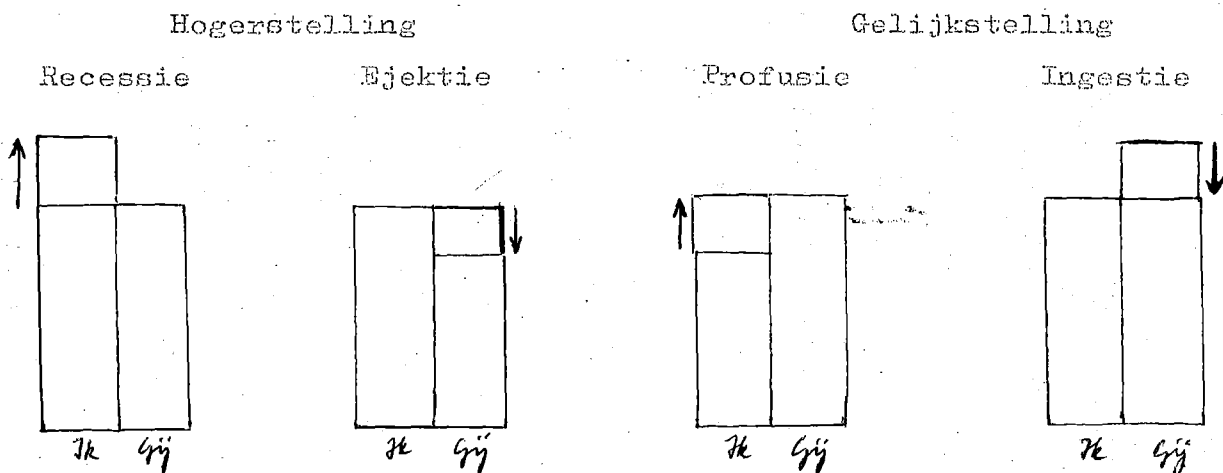
(35) Impliciet goedgekeurd door H.R., 28 nov. 1941, W., 1942, 190, NSB-Pesie, waarop kritiek hierna, nr. 261, blz. 542 e.v.

(36) Bv. de bewering dat een concurrent vakbekwaamheid mist: Voorz. Kooph. Mechelen, 2 juni 1972, J.C.B., 1973, 398.

blicatie werd gemaakt (37).

De vergelijkende reclame stricto sensu.

179. Een derde categorie is de vergelijkende reclame stricto sensu. Deze beperkt er zich toe de eigen economische prestaties met die van een concurrent of van een ander handelaar te vergelijken, of van meerdere of alle concurrenten. Daarbinnen is nochtans nog een onderscheid mogelijk naargelang het om een hogere- of een gelijkstellen gaat. KARP deelt beide dan nogmaals in twee categorieën in en onderscheidt daarbij naargelang het om een directe of indirecte vergelijkende verbinding gaat die wordt gemaakt, om de al dan niet herkenbare betrouwenheid der aange-grepen concurrent(en) (38).



Het onderscheid is wel verhelderend omdat het alle mogelijkheden

(37) In principe acht men in België en Duitsland de machtiging overbodig: GOTZEN, *Vrijheid van beroep*, II, nr. 1077 e.v.; ULMER-SCHRICKER, *Unlauterer Wettbewerb*, II/1, Belgien, nr. 441; VAN BUNNEN, *La publication des jugements et arrêts*, J.T., 1957, 581 (585). Contra: Kooph. Brussel, 20 nov. 1965, RGAR, 1966, 7583 en 14 mei 1966, RGAR, 1967, 7756. De Nederlandse rechtsleer is bijna unaniem contra: zie het overzicht bij ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, *Unlauterer Wettbewerb*, II/2, Niederlande, nr. 352. Adde: BEEKHUIS, o.c., blz. 56-56 die de publicatie onder strenge voorwaarden van zakelijkheid goedkeurt.

(38) KARP, o.c., blz. 57 e.v.

belicht, doch het is niet nodig het juridisch te consacreran daar er geen redenen zijn om de recessie of de profusie anders te behandelen dan respectievelijk de ejektie of de ingestie. Het onderscheid tussen hogerstelling en gelijkstelling gaat terug op NOLTINGHAUF (39) en NERRETER (40) die er de nadien in Duitsland vrij algemeen gebruikelijk geworden en ietwat ruimere benamingen "anlehnend (vergleichende) Reclame" voor gelijkstelling en "kritisch vergleichende Reklame" voor hogerstelling aan schonk. De indeling in gelijkstelling en hogerstelling heeft het voordeel klaar en eenvoudig te zijn, doch precies omwille hiervan mag men ze niet op de spits drijven met het gevaar van eenzijdigheid en ontoereikendheid om de variatie, die het economische leven in de reclame te zien geeft, te kunnen vatten. Vooral voor gelijkstelling blijkt dit duidelijk: niet steeds wordt de evenwaardigheid van het eigen produkt en een concurrerend aanbod duidelijk beklemtoond. Zij dient daarom te worden begrepen als de poging om door de reclame van de goodwill van een concurrerend produkt te profiteren, zonder dat dit wordt afgebroken of het eigen produkt hoger gesteld. Beide vormen van vergelijkende reclame komen trouwens ook vaak in eenzelfde reclameboodschap samen voor, waarvan als type kan worden gesteld de vermelding der kwalitatieve evenwaardigheid aan een lagere prijs. De hogerstelling kan ook dragen op het produkt van de concurrent, gepaard gaande aan de vermelding van het feit dat de adverteerder alles doet om deze ongedaan te maken. In dit laatste geval is het natuurlijk evident dat nooit zal worden geadverteerd dat het concurrerende aanbod kwalitatief

(39) NOLTINGHAUF, Persönliche Reclame, GRUR, 1931, 342 (343).

(40) NERRETER, Vergleichende Reklame, GRUR, 1933, 8 (11).

of in prijs hoger te stellen valt, doch wordt dit eerder op andere gronden beweerd die irrelevant zijn voor de rationaliteit van de aankoop (41). De principiële onrechtmatigheid van elke vorm van vergelijkende reclame, behoudens rechtvaardiging, maakt het belang van verdere inhoudsgebonden onderscheidingen erg relatief en relativeert dus ook de bezwaren die tegen een bepaalde indeling kunnen worden ingebracht, indien de toe te passen wetgeving deze bezwaren niet ondersteunt.

In België en Nederland bestaat er geen duidelijk getrokken onderscheid tussen hogerstelling en gelijkstelling, doch rekent men vaak de gelijkstelling onder de parasiterende of aanhakende reclame, welke categorie alle vormen van uitbuiting van andermans handelsfaam omvat, waarbij geen gevaar voor verwarring ontstaat (42), de kritisch vergelijkende reclame gedeeltelijk onder de zwartmaking, het zich laagdunkend uitlaten over de concurrent, zijn handelszaak of zijn economische prestaties. Sommige uitspraken beklemtonen echter wel uitdrukkelijk dat het niet fair is de gelijke kwaliteit van een eigen en een concurrerend produkt bekend te maken (43).

(41) Vgl. OLG München, 20 febr. 1958, GRUR, 1959, 196: "Der Vergleich zweier eigener kann allerdings, wie jeder Systemvergleich, so veranstaltet werden, dass für die Kundschaft zwangsläufig erkennbar wird, dass mit der als schlechter hingestellten Ware zugleich auch die Ware der Mitbewerber getroffen ist."

(42) ULMER-SCHRICKEER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, België, blz. 278 e.v.; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Nederlande, blz. 141; MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daed, VI, nr. 139 e.v. alle met verwijzingen. Adde: VAN BUNNEN L., a.c., Annales de Droit, 1970, 35 (37); SCHRICKEER-FRANCQ, Belgique, blz. 351.

(43) Kooph. Brussel, 8 febr. 1933, P.P., 1933, 222; Kooph.Brussel, 12 juni 1911, J.C.B. 1911, 430; Kooph. Brussel, 21 april 1903, J.C.B., 1903, 371. RPDB, Tw. Concurrence illicite, nr. 251 en 255 e.v.; MOREAU, Traité de la concurrence illicite, nr. 203 e.v. Omstreden in Nederland. Zie: ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Nederlande, blz. 141 e.v.; Pro:DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 152 met verwijzingen; Contra: H.R., 5 maart 1943, 264; HENNEKENS, a.c., Ars Aequi, XV, 1966, 1(5).

De hogerstelling heeft als doel het concurrerende aanbod af te breken, als minder voordelig voor te stellen dan het eigen aanbod en geeft daartoe gegevens die dit zouden moeten aantonen. Volgens sommigen is het de bedoeling het publiek aan te zetten om op grond van de medegedeelde gegevens na te denken over de voor- en de nadelen en te beslissen voor het hogergestelde.

De gelijkstelling geeft geen kritiek, maar steunt op het impliciet of expliciet benadrukken van de gelijkwaardigheid tussen beide aanbiedingen en tracht een deel van de goodwill, verworven voor het ter vergelijking aangetrokken produkt, op de eigen waren van de adverteerder over te brengen. Veronderstelling voor het efficiënt functioneren ervan is dat het produkt waarmee men vergelijkt een ruime faam bezit, waarvan men profiteert om de eigen aanbieding in de belangstelling te plaatsen. In de drie beschouwde landen wordt de aanleunende reclame onrechtmatig geoordeeld, tenzij de aanhaking noodzakelijk is om een bijzondere bestemming van het geadverteerde produkt aan te geven, zoals bij wisselstukken of onderdelen, mits maar het nodige wordt gedaan om verwarring nopens de herkomst te voorkomen (44). Maar op deze uitzondering na, die wordt afgeleid uit haar noodzaak voor de vrijheid van handel in hoofde van de adverteerder (45), moet men zeggen dat de gelijkstellende vergelijkende reclame of het aanhaken

(44) ULMER, Oneerlijke Mededinging, I, EEG, nr. 162-166; BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (386 e.v.); MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VI, nr. 131. Een grondige studie van het vraagstuk der onderdelen vindt men bij GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1005 e.v.

(45) De noodzaak volgt uit en wordt begrensd door de onmogelijkheid op enige andere wijze een begrijpelijke offerte of aanbod te formuleren: GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1029; BRAUN A., Précis des Marques de Produits nr. 252; Rb. Turnhout, 28 juni 1967, R.W., 1967-68, 308 en J.T., 1968, 222 met noot BRAUN; MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VI, nr. 131 met verwijzingen.

vreemd is aan de concurrentiestrijd omdat deze steunt op de prestatienorm en deze norm uitgaat van het postulaat van het concurreren met en door uitsluitend eigen arbeid.

180. Economisch gezien is deze wijze van concurreren evenmin te rechtvaardigen, vermits het streven naar een rationele behoeftenbevrediging, gezien de schaarste der middelen, elke producent ertoe verplicht zijn aanbod kwalitatief voortdurend te verbeteren, omdat theoretisch de consument alleen voor het beste produkt zou mogen beslissen (46). Reclame kan daarbij slechts twee functies hebben: de bekendmaking van het aanbod en de overreding tot de aankoop. Voor zover de gelijkstellende reclame gericht is op het overreden tot de aankoop, moet worden aangenomen dat zij in deze task tekort schiet, daar zij niet aantoonst waarom het eigen aanbod als beter dient beschouwd te worden dan datgene waarmee wordt vergeleken, zodat deze reclame niet aantoonst welk produkt dient te worden gekocht. Voor zover zij bekendmaking van het eigen produkt beoogt, kan men laten opmerken dat daartoe een gelijkstelling met een ander, reeds bekend produkt geenszins een vereiste is (47).

Uit de omstandigheid dat de gelijkstellende reclame geen depreciërend oordeel velt over andermans produkt, kan niet worden afgeleid dat zij dient toegelaten te zijn, omdat het niet verboden kan zijn andermans lof te zingen. In feite wordt bij gelijkstellende reclame andermans lof niet gezongen, maar wordt verwezen naar de bekend-

(46) Zie echter SCHRICKER, *Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs*, GRUR, 1974, 579 (586) die pleit voor een ruimer toelaten van aanhakende reclame, op voorwaarde dat deze niet ontaardt in parasiteren.

(47) Vgl. BRINKMANN, o.c., blz. 52-53; KARP, o.c., blz. 82-83. Voor een mooi voorbeeld: Brussel, 4 febr. 1893, P.P., 1893, 574: "La Liqueur des Charmettes, ...a le goût, l'esprit et possède toutes les qualités hygiéniques de la liqueur fabriquée à la Grande Chartreuse."

heid en de goodwill die voor het produkt of de handelszaak waaruit het stamt werden verworven, en daaraan stelt men het eigen produkt gelijk met de bedoeling iets van de goodwill van het bekende produkt op de eigen produktie over te brengen. Hieruit blijkt dat, gezien de doelstelling van elke reclame, de redenering bij gelijkstelling gevolgd, onlogisch is. Zij appeleert op de goodwill van het aangegrepen produkt bij de aangesprokenen om, via de vermelding dat het eigen produkt evenwaardig is, deze aangesprokenen te overhalen tot de aankoop van het gelijkgestelde produkt. Eigenaardige redenering die de aangesprokenen voor een dilemma plaatst, waarvan beide mogelijkheden als gelijkaardig worden voorgesteld, doch men appelerend op economisch of rationeel irrelevante motieven toch laat doorschouwen welke oplossing dient gekozen te worden: een alternatief dat zonder oplossing wordt voorgesteld, doch waarvoor men een oplossing suggereert zonder werkelijk doorslaggevende motivering (48).

181. Een bijzondere vorm van gelijkstelling is de parasiterende reclame. Hoewel zij volledig onder de voorgaande beschouwingen valt, toch is, omdat haar nut door enkelen geponeerd wordt, een uitvoeriger afzonderlijke behandeling hier aangewezen. Zij bestaat erin dat een adverteerder de faam verworven door een niet-concurrent voor zijn produkten of handelszaak zal trachten uit te buiten voor de eigen produkten, door naar het merk, de reclameslogans of het uithangbord van de niet-concurrent te verwijzen. Zo bv.

(48) Vgl. Hof Amsterdam, 1 nov. 1939, N.J., 1940, 721; Pres. Rb. Groningen, 5 jan. 1954, N.J., 1954, 527; Hof Amsterdam, 19 dec. 1963, BIE, 1965, 105, Trofanil.

Een doorslaggevende motivering zou kunnen zijn het prijsverschil ten gunste van het geadverteerde produkt. In dit geval evenwel affirmeert de adverteerder zijn superioriteit. Dit wordt door SCHRIKKER, a.o., GRUR, 1974, 579 (586) miskend.

"Gazelle, de Mercedes in het land der fietsen" (49). Vergelijken worden dus produkten die in verschillende handelssectoren thuis horen (50).

De waarde van zulke reclame voor de consument mag op niets geschat worden. De referentie naar het andere produkt is noch verhelderend, noch noodzakelijk voor zijn voorlichting, daar zij een aansporing is om op totaal onzakelijke overwegingen het geadverteerde aan te kopen.

Zulke referentie schaadt ook de onderneming wier faam of beroemd merk wordt uitgebuit: niet alleen vergroot het gevaar voor verworping tot soortnaam van het merk (verwateringsgevaar), doch er is een werkelijke merkinbreuk mogelijk voor zover tegen de desbetreffende artikelen in de verschillende merkenwetten is gezondigd (51). Zulke referentie kan ook op grond van het mededingingsrecht worden bestreden, indien aan de vereisten voor een merkinbreuk niet is voldaan. De bedoeling te schaden of gevaar voor verwarring te doen ontstaan is niet vereist voor de onrechtmatigheid. Het feit te parasiteren op andermans faam volstaat. Evenmin kan worden ingeroepen dat het eigen produkt een zeer hoog kwaliteitsniveau bereikt, zodat de merkhouders of zijn licentiehouders geen faamverlies hoeven te duchten. Dan nog blijft er gevaar voor verworping van het merk en dient de merkhouders of zijn ge-

(49) HENNEKENS, a.c., *Ars Aequi*, XV, 1966, 1 (5), die meent dat zulke reclame geen schade toebrengt en ook geen merk- of octrooibreuk uitmaakt. Sedert het in werking treden van de Benelux-Benelux-Wet kan nochtans niet meer betwijfeld worden dat zulke praktijk voor het merkenrecht verboden is. Art. 13, A, 2° BMW machtigt de merkhouders op te treden tegen elke vorm van gebruik van zijn merk in het handelsverkeer, zelfs voor niet-identieke of niet-gelijkaardige waren. In dit geval zal, door de voorrang welke het merkenrecht heeft op het recht inzake oneerlijke mededinging alleen de BMW toepasbaar zijn. SCHRICKER-FRANCO, Belgique, nr. 300a en 44a; BRAUN A., *Précis des marques de produits*, nr. 248; KRASSER, *Basic Features of the Benelux Trademark Law*, 411C, 17(39)(1973).

(50) In België heeft men de benaming concurrence parasitaire echter meermaals in de ruimere zin van slaafs nabootsing gebruikt.

.../...

machtigde niet te dulden dat de door hen verworven reputatie voetschoots wordt uitgebuit.

182. Tenslotte dient nog een laatste categorie van reclamebeweringen te worden onderzocht, deze namelijk waarin op een voorgrond wordt geroemd tegenover alle andere mededingers, echter zonder dat deze met name genoemd worden of individueel herkenbaar zijn. Omwille van dit laatste kenmerk verdienen zij een aparte beschouwing, zoniet ware het overbodig daar zij dan in één der hoger behandelde categorieën vallen zouden.

Superlatief- of comparatiefreclame.

183. Elke reclame waarin op een algemene manier een superioriteit wordt staande gehouden, zonder dat uitdrukkelijk of impliciet naar een bepaalde concurrent wordt verwezen (52), heeft recht op deze benaming. Zij bestaat erin dat de adverteerder zich erop beroept dat zijn aanbod of zijn onderneming eigenschappen bezitten, die deze van alle of van de meeste vergelijkbare produkten of ondernemingen overtreffen (53).

Uit grammaticaal oogpunt is niet zozeer vereist dat er een werkelijke superlatief of comparatief in de reclame voorkomt; bepalend

.../... Aldus bv. Kooph. Brussel, 14 febr. 1959, Ing. Cons. 1965, 259, noot A. DE CALUWE, publicité répertoire. Nochtans wordt in de noot verwezen naar de definitie van Y. SAINT-GAL, LICD, Ann., 1957, 151 die niet op slaafse navolging of nabootsing is afgestemd. Uitvoerig daarover: DE CALUWE, DELCORDE, LEURQUIN, o.c., nr. 630 e.v.

(51) Daarover: L. VAN BUNNEN, Aspects actuels du droit des marques dans le Marché Commun, blz. 241; en La protection des marques de haute renommée dans le droit interne des pays de la CEE, in: Rapports belges au VIIe Congrès International du droit comparé (Uppsala), blz. 184.

(52) VAN BUNNEN L., a.c., J.T., 1972, 741 (742).

(53) JOETZE, o.c., blz. 18; WERNER, Die Werbung mit dem Leistungsvergleich und dem Vergleichsergebnis, BB, 1972, 516 (517).

is dat men een superioriteit tegenover anderen uitdrukt. Dit kan door comparatieven (54), superlatieven (55), door een bepaalde nadruk te leggen, door grafische middelen of door welbepaalde woorden wier betekenis tot hetzelfde leidt (56). Juridisch worden al deze verschijningsvormen volgens dezelfde criteria behandeld.

In de drie landen is voor de beoordeling van zulke reclame haar inwerking op het erdoor aangesproken publiek bepalend. Het is de normale levenservaring over de reacties van het publiek die bepaald of een bepaalde reclame een superlatiefreclame is en of deze reclame rechtmatig is (57).

(54) OLG Düsseldorf, 14 dec. 1959, GRUR, 1960, 427: Elektrolux ist besser, besser kauf Elektrolux.

(55) Brussel, 13 jan. 1971, Ing. Cons., 1971, 33: Le plus grand nom en blue jeans; OLG Stuttgart, 11 febr. 1954, GRUR, 1955, 50: Gütermanns Nähseide ist die beste.

(56) Bv. Enig, enkel, slechts: JOETZE, o.c., blz. 54; BGH, 5 febr. 1965, GRUR, 1965, 365, noot D. REINER, Lavamat - den und keinen anderen; OLG Hamm, 12 juli 1966, BB, 1968, 440 in Ostwestfalen liest man die XY-Zeitung; Bev. BGH, 15 nov. 1967, BB, 1968, 440, Westfalen-Blatt II; "...dagegen ist alles andere eben bloss Zahnpasta": OLG Frankfurt, 9 dec. 1971, WRP, 1972, 91; "Ein deutsches Spitzenerzeugnis": BGH, 14 april 1961, 538 Feldstecher en BGH, 23 maart 1973, BB, 1973, 954, Ski-Sicherheitsbindung.

(57) BGH, 16 april 1957, GRUR, 1957, 600 (602), Westfalenblatt I; BGH, 15 jan. 1965, GRUR, 1965, 363 (364), noot D. REIMER, Fertigbrei; BGH, 2 april 1971, GRUR, 1971, 365 (366), noot BAUER, Wörterbuch. BERKHOUWER, o.c., blz. 63; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, nr. 410 e.v.; VOETELINK, o.c., blz. 166 e.v.; GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 942; ULMER-SCHRICKE, Unlauterer Wettbewerb, II/1, België, nr. 481; VAN BUNNEN L., a.c., J.T., 1972, 741 (742); Voorz. Kooph. Brussel, 25 okt. 1971, J.C.B., 1972, 91 (95-96); SCHRICKE-FRANCO, Belgique, blz. 542-543 en 573.

Bij deze beoordeling is maatgevend de concreetheid, de precisie waarmee op bepaalde voorsprongselementen wordt geroemd. Hoe precieser en concreter, hoe strenger normen men het bewijs van de juistheid der reclametekst zal opleggen, omdat het kennisnemende publiek geacht wordt aan preciese beweringen veel meer geloof te hechten dan aan algemene, vage uitspraken. Deze laatste acht men ongevaarlijk, omdat het publiek ze als onschuldige overdrijvingen vat (58). Is men in België en Nederland op dit punt vrij breed, omdat van het publiek verondersteld wordt grootspraak niet al te ernstig op te nemen en dienvolgens erdoor niet misleid te worden, dan is men in Duitsland veel strenger zowel wat het misleidingsgevaar betreft, als daaruit volgend, wat het juistheidsbewijs betreft (59).

184. In België en Nederland worden deze vormen van reclame onder de algemene hoofding der misleidende reclame behandeld, evenals in Duitsland waar verdere vrij subtiële onderscheidingen worden

(58) HOUWING, a.c., Geschriften van Houwing, blz. 215 (228); DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 154; COPPIETERS DE GIBSON, o.c., nr. 283; GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 942; JONTZE, o.c., blz. 19; VAN BUNNEN, a.c., Ann.Dr., 1970, 35 (39) OVEREEM, Bestrijding van misleidende reclame, N.J.B., 1975, 369 (373-374) met verwijzingen, noemt dit de paradox van HOUWING: Hoe groter leugen, hoe geringer leugen. ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 547; BERKHOUWER, o.c., blz. 57. Vgl. MÜLLER, Moraal en Zakenleven, blz. 137. Contra: Pres. Rb. Amsterdam, 28 juli 1969; N.J., 1969, 392.

(59) Zie bv. BGH, 1 okt. 1971, GRUR, 1972, 129, Kritische noot VON FALCK, Der meistgekaufte der Welt. Volgens dit arrest is verboden het voeren van de spreuk "der meistgekaufte der Welt", zo deze bewering op de wereldmarkt wel, op de Duitse markt niet met de waarheid strookt. Dit omdat het publiek uit de reclame het besluit trekt dat wie de wereldmarkt domineert, dit ook op de Duitse markt doet. M.i. is deze redenering een sofisme. VOETELINK, o.c., blz. 161 noemt de spitsvondigheid door de Duitse rechtspraak aan de dag gelegd "een humorloos streven naar perfectie".

gemaakt tussen Alleinstellungs- of Superlativwerbung (het prat gaan op een dominerende positie, ook gebruikt als verzamelnaam), Komparativwerbung (het gebruik van comparatieven ter illustratie van een voorsprong) en Spitzengruppen-Werbung of Spitzenstellung (het staande houden van een zeer gunstige marktpositie, zonder een werkelijke Alleinstellung te pretenderen). In al deze gevallen geldt nochtans hetzelfde uitgangspunt: een verbod van misleiding van het door de reclame aangesproken publiek (§ 3 UWG). (60) De strengheid der Duitse rechtspraak kan worden beschreven en verklaard vanuit verscheidene gezichtspunten:

a. zo heeft de rechtspraak een vrij hoge dunk van de belangstelling van het publiek voor zulke vormen van reclame. Alhoewel men voortdurend beweert dat bij de beoordeling moet worden uitgegaan van de opvatting die de vluchtige lezer of toehoorder zich vormde, zo de reclame zich tot het brede publiek richt (61), en dat het publiek een reclametekst noch volledig, noch nauwkeurig en kritisch overdenkt of grammaticaal ontleedt (62), toch vindt men soms grote spitsvondigheid (63), naast totale kritiekloosheid (64) toegemeten aan het publiek. Tevens schijnt de rechtspraak ervan uit te gaan dat zulke grootspraak niet snel verveelt en qua effect niet snel afstompt, hoewel in wezen haast steeds

(60) JOETZE, o.c., blz. 7 e.v.; EICHMANN, o.c., blz. 137 e.v.; BGH, 26 febr. 1969; GRUR, 1969, 415, noot STORCH, Kafferösterei; BGH, 29 april 1970, GRUR, 1970, 425, noot KRIEGER, Melitta-Kaffee; BGH, 2 april 1971, GRUR, 1971, 365, noot BAUER, Wörterbuch.

(61) BGH, 12 juli 1968, GRUR, 1968, 702 (703), Hamburger Volksbank; BGH, 26 febr. 1969, GRUR, 1969, 415 (416), noot STORCH, Kaffee-rösterei.

(62) BGH, 23 okt. 1956, GRUR, 1957, 128 (129-130), Steinhäger; BGH, 29 april 1970, GRUR, 1970, 425 (426), noot KRIEGER, Melitta-Kaffee.

(63) BGH, 1 okt. 1971, GRUR, 1972, 129, noot VON FAICK, Der meistgekaufte der Welt.

(64) BGH, 2 april 1971, GRUR, 1971, 365, noot BAUER: de spreuk "Das grosse deutsche Wörterbuch" is misleidend, wanneer een ander woordenboek omvangrijker en uitvoeriger is.

hetzelfde wordt bewoord (65).

b. Uit het voorgaande blijkt dat daardoor de idee van misleiding van het publiek wordt verlaten en men vage suprematiebeweringen vooral in het belang der concurrenten gaat verbieden. Immers de bescherming die deze rechtspraak aan het publiek beoogt te geven is een vrijwaring van reclame die zijn economische besluitvorming vervalst. Dit is zo wanneer over een belangrijk gegeven betreffende de concurrentiële positie, zulkdanige aanwijzingen in de reclame worden verstrekt, die een niet bestaande suprematie inhouden en aldus het publiek ten onrechte doen kiezen voor het aldus geadverteerde produkt (66). Welke gegevens dit zijn is een feitenkwestie. Men mag eisen dat een weinig scrupules hebbende adverteerder de onkritische en goedgegelovige houding van het publiek niet uitbuit en dit publiek als cliënteel van zijn concurrenten niet afhandig maakt, zonder dat de verstrekte gegevens op waarheid berusten. Immers: "there is a distinct line of demarcation between a comparative or a superlative truth and a plain unvarnished lie" (67). Blijven de beweringen echter vaag en algemeen, dan mag men de verbruiker zijn goedgegelovigheid ten kwade duiden, en valt zijn gebrek aan kritisch inzicht te zijnen laste, zo hij op zulke gegevens steunde bij de aankoop. In dit geval is

(65) Vgl. EICHMANN, o.c., blz. 143 en de verwijzingen.

(66) BGH, 15 nov. 1960, GRUR, 1961, 85 (86), Dauerdose. Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 25 okt. 1971, J.C.E., 1972, 91. In het Ski-Sicherheitsbindungarrest (BGH, 23 maart 1973, BB, 1973, 954) werd de juistheid van en dus ook het al dan niet misleidend karakter van de reclame "ein deutsches Spitzenerzeugnis" beoordeeld op grond van de resultaten van een vergelijkend warenonderzoek der Stiftung Warentest. De misleiding werd daarin gezien dat bij de test één skibinding "zufriedenstellend" werd bevonden, zes andere, waaronder de geadverteerde, als "noch zufriedenstellend" en negen "nicht zufriedenstellend" werden geacht.

(67) COLES J.V., o.c., blz. 52. Vgl. HOUWING noot onder H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, azijnarrest; DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN-HEIBACH, o.c., nr. 5.633 met kritiek op Hof Den Haag, .../...

er ook geen misleiding meer mogelijk (68). Ze toch aanvaarden is een overdadige bescherming verlenen aan initiatiefloze of overdreven scrupuleuze handelaars en indirect, aan onbezonnen consumenten.

c. Zo overschat de rechtspraak de schadelijke uitwerking van zulke reclame voor de concurrenten, terwijl meestal de overredende kracht ervan gering is, daar het appél aan een koopmotief in deze reclame zwak is en moeilijk blijvend klienteel op grond van zulke beweringen kan worden verworven indien de beweringen niet tot op zekere hoogte met de werkelijkheid stroken.

d. Zo is ook hinderlijk de eis dat de beweerdde suprematie duidelijk moet kunnen vastgesteld worden en in werkelijkheid zo stevig moet zijn dat zij in de nabije toekomst niet zal veranderen (69). Verder volstaat niet te zeggen welke absolute rangschikking men bekleedt in de rij der concurrenten, bij Spitzenstellung-Werbung mag er bovendien geen groot verschil bestaan met de werkelijke koplopers (70). Beide vereisten vormen een overspanning van de waarheids- of juistheidseis.

Op grond hiervan mag men besluiten dat de drempel die de rechtspraak stelt aan de precisie en de concreetheid van een reclame-

.../... 11 jan. 1951, N.J., 1952, 92, Perplexparket; BRUCKER-BODENHAUSEN-WICKERS HOETH, o.c., blz. 157.

(68) BGH, 30 okt. 1963, GRUR, 1964, 33 (35), Bodenbeläge; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 31 bij § 3 UWG; ULMER-BANUMER-VAN NANTEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, nr. 411; BEEKHUIS C.H., o.c., blz. 42-43; DALCQ, Traité, nr. 1281; DUPLAT, o.c., blz. 186; Rb. Turnhout, 6 dec. 1923, Rev. Prat. Soc., 1924, 308, noot COART; Kooph. Brussel, 30 april 1959, Ing.Const., 1960, 58.

(69) Vaste rechtspraak: zie de verwijzingen bij EICHMANN, o.c., blz. 102, noot 162; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 552.

(70) BGH, 14 april 1961, GRUR, 1961, 538 (540), Feldstecher; BGH, 26 febr. 1969, GRUR, 1969, 415, noot STORCH, Kaffeeke toerei; Han. OLG Hamburg, 20 april 1972, WRP, 1972, 478 (479) en 23 dec. 1971, WRP, 1972, 534.

bewering ter beoordeling van het misleidingsgevaar, in Duitsland veel lager ligt dan in België en Nederland en dat een onderzoek naar de mogelijkheid tot misleiding en dienvolgens naar de juistheid der bewering er (bijna) steeds gebeurt.

185. Er dient echter nog de aandacht gevestigd te worden op de tweede vereiste vervat in de definitie: namelijk dat geen der mededingers of der andere handelaars vermeld of herkenbaar betroffen mag zijn. Het geval der rechtstreekse of impliciet duidelijk herkenbare vergelijking daargelaten, speelt de concrete marktsituatie waarin de reclame wordt gevoerd. Zo werd onrechtmatig geacht de spreuk: "Le plus grand nom en jeans", vermits er slechts twee mededingers op de markt aanwezig waren (71) of werd de marktleider die 90% der markt beheerste voor een bepaald systeem van melkkoelapparaten betroffen geacht door een reclame die een ander systeem boven het zijne aanprees (72).

Verder dient echter hierbij rekening gehouden te worden dat de rechtspraak, om de herkenbaarheid en de betroffenheid van niet met name genoemde concurrenten te beoordelen, uitgaat van de aannemelijkheid van deze herkenbaarheid in de ogen van het publiek. Zulke betroffenheid dient, in tegenstelling tot de opvatting der belgische rechtbanken daartegenover, niet te snel te worden aanvaard (73).

(71) Brussel, 13 jan. 1971, Ing. Cons., 1971, 33, Salik. Vgl. Kooph. Brussel, 27 nov. 1929, RGAR, 1930, 690.

(72) BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422, noot KNOPF, Tauchkühler, Vgl. OLG Hamm, 26 mei 1970, BB, 1970, 1274: "meer abonnees dan alle lokale dagbladen samen." Geen betroffenheid aanvaard op grond van de spreuk: "vergleichen...vergleichen...und nochmals vergleichen...dann kaufen Sie doch bei Divi"; BGH, 25 mei 1973, GRUR, 1974, 280, Divi.

(73) EICHMANN, o.c., blz. 175 e.v.; GODDE, o.c., blz. 40 e.v.. Voor de Belgische opvatting, zie de reeds geciteerde beslissing over Salik-Jeans.

In Duitsland is aldus beslist dat zulke algemene vergelijkingen niet onrechtmatig worden, wanneer desondanks het publiek dat wordt aangesproken, op grond van zijn vertrouwdeheid met de handelsbranche waaruit de advertentie stamt, toch in staat is de concurrent of de concurrenten tegenover wie men een voorsprong staande houdt, te herkennen (74). Dit lijkt, gezien het niet zo strikt op de herkenbaarheid afgestemd uitgangspunt der rechtspraak en rechtsleer ook voor Nederland te kunnen worden aanvaard. Indien de betroffenheid en de herkenbaarheid van één bepaalde of van een welbepaalde groep van mededingers wordt aanvaard, dan gelden de regels der kritisch vergelijkende reclame en zal de beoordeling anders gebeuren.

Omwille van het feit dat de onrechtmatigheid principieel volgens het standpunt van het publiek dat wordt aangesproken door de reclame wordt beoordeeld, mag men echter niet over het hoofd zien dat in tweede instantie aandacht zou zijn geschonken aan de belangen van de concurrenten of andere handelaars (75).

(74) BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt; BGH, 15 maart 1967, GRUR, 1967, 596, noot UTESCHER, Kupelmuffenverbindung.

(75) Aldus uitdrukkelijk: Voorz. Kooph. Brussel, 25 okt. 1971, J.C.B., 1972, 91 (95-96); Vgl. WERNER, a.c., BB, 1972, 516(517) die stelt dat de Alleinstellungswerbung niet met de vergelijkende reclame mag worden gelijkgesteld, aangezien deze geen vergelijking inhoudt doch slechts de uitslag van een vergelijking (of deze al dan niet werd doorgevoerd) mededeelt, die essentieel berust op de subjectieve mening van de adverteerder. Daar een "offene, kritische Auseinandersetzung mit den Ware des Konkurrenten, die ein Wesensmerkmal der vergleichende Werbung ist," niet plaats grijpt, en dus zulke reclame (gezien vanuit het utopische standpunt van de auteur) niet aanvaardbaar is, daar niet gedekt door het belang bij voorlichting van de consument, dient zij verboden te worden.

Sommige nauwkeurige reclamebeweringen die niet dragen op het produkt of op de dienst die worden verstrekt, zoals het prat gaan op een specialisatie sinds meer dan honderd jaar (76), vermogen eigenlijk niet rechtstreeks het publiek te misleiden, doch kunnen bepalend zijn voor de kwaliteitsvoorstellingen die het publiek zich vormt van de produkten en van de onderneming die deze reclame voert. Zulke suprematie staande houden in strijd met de waarheid is in de eerste plaats onrechtmatig tegenover de mededingers, doch dient ook in het belang van het publiek te worden veroordeeld: reclame die op niet ter zake doende gegevens een image voor produkten of een onderneming tracht op te bouwen, is vanuit het standpunt der marktdoorzichtigheid ongewenst, maar kan niet verboden worden. Wel mag men ervan eisen dat zij de zwakte van het publiek niet op onjuiste gegevens uitbuit (77).

186. Als aanvullende maatstaf werd voorgesteld het reclamegedrag van de adverterende ondernemer te laten gelden: zo deze zich een image opbouwde dat alle beweringen door hem in de reclame gedaan, controleerbaar zijn, dan zou hij er zich niet mogen op beroepen dat sommige van zijn uitspraken door het publiek als overdrijvingen moeten worden aangezien (78). Zulke stelling is echter onaanvaardbaar omdat ze tot een onderscheiden behandeling van de adver-

(76) Voorz. Kooph. Brussel, 27 april 1950, Pas., 1950, III, 82, Marchadrea.

(77) Vgl. SONDERLAND, Bedenkliche Superlativreklame, BB, 1953, 958; SLAGTER, o.c., blz. 126 e.v.; DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, o.c., nr. 5.634; SCHRICKER-FRANCO, Belgique, nr. 395.

(78) KRIEGER, noot onder BGH, 29 april 1970, GRUR, 1970, 425, Melitta-Kaffee; JOETZE, o.c., blz. 34.

teerders leidt en de consequentie in het adverteren niet door de rechtbanken dient te worden beoordeeld. Eventueel zal zijn reclame vlugger dan die van anderen misleidend moeten worden geacht, doch dit zal steeds een feitenkwestie zijn. Bovendien is de uitspraak dat alle reclamebeweringen van een bepaald adverteerder controleerbaar zijn op hun juistheid, zelf een reclamebewering die met een korreltje zout moet worden genomen: het publiek wordt namelijk door pompeuze reclame in zekere mate geïmmuniseerd tegen de inwerking ervan (79).

Uit het feit dat bij juistheid de superlatiefreclame onbeperkt toegelaten is, kan echter geen argument worden geput om de kritisch vergelijkende reclame principieel toelaatbaar te achten en haar slechts bij uitzondering als onrechtmatig te beoordelen (80). Dit omdat zij op het essentiële punt der betroffenheid verschillen van elkaar en daarom volgens andere principes moeten worden beoordeeld.

187. Uit het voorgaande blijkt dat alle beschreven vormen van vergelijkende reclame de consument niet wezenlijk voorlichten. Voor sommige onder hen staat de strijdigheid met de normen der fairness bovendien vast. Daarom komt slechts de kritisch vergelijkende reclame in de enge zin (eventueel) in aanmerking om te dienen tot voorlichting van de verbruiker. Hierbij beweert de adverteerder van de eigen economische prestaties dat ze, globaal bekeken of beschouwd onder welbepaalde kenmerken, die van met name genoemde of toch duidelijk herkenbare concurrenten overtreffen. Zo zulk oordeel in alle opzichten met de werkelijkheid strookt, zou hieruit voor de consument nuttige voorlichting kunnen spruiten ten behoeve van zijn aankoopbeslissingen.

(79) BERKHOUWER, o.c., blz. 59 met verwijzingen naar de rechtspraak; DORHOUT-MEERS-VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, o.c., nr. 5.634.

(80) Zo echter: BRINKMANN, o.c., blz. 57-58; SLAGTER, o.c., blz. 149.

188. Hoger is echter reeds bondig gesteld en verder zal er nog uitvoeriger worden op teruggekeerd dat vergelijkende reclame in elk der beschouwde landen verboden is in een zeer verregaande mate. Dat de betroffenen hierbij voordeel hebben, staat buiten kijf. Tot nog toe heeft men echter steeds hun belang als voldoende beschouwd om een principieel standpunt te rechtvaardigen. Meer en meer stemmen zijn echter opgegaan om, nu in het concurrentierecht steeds sterker het algemeen verbruikersbelang wordt in acht genomen (81), vanuit een omschrijving van het consumentenbelang over het nut en de aangewezenheid van een principieel verbod van vergelijkende reclame te gaan denken. Daarom dient nagegaan of reclame niet alleen theoretisch, maar ook in werkelijkheid, die voorlichting vermag te bieden en bovendien, welke gevolgen daaraan voor het vigerende recht kunnen verbonden worden.

(81) Zie: SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR AIT, 1970, 32 (44; EIKE VON HIPPEL, Grundfragen des Verbraucherschutzes, JZ, 1972, 417-423; POLAK J.M., Naar een nieuwe consumentenvisie?, Inleiding op de ledenvergadering van 13 nov. 1969 van de Raad voor het Grootwinkelbedrijf, blz. 11-16 en Consument en recht. Een consumentenrecht?, S.E.W., 1968, 425 e.v.; SCHRICKER, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz, RabelsZ, 1972, 315 e.v.; KISSELER, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz, WRP, 1972, 557-564; DE VROEDE en MABS, a.c., R.W., 1975-76, 129 (132). In Duitsland heeft de rechtsleer gepleit voor het bereiken van dit resultaat door het aanwenden van § 1 UWG als Schutzgesetz in de zin van § 823, Abs. 2 BGB, hoewel een groot deel der rechtsleer hier- tegenover duidelijk weigerachtig staat. Zie: LG Trier, 9 okt. 1973, NJW, 1974, 151; SCHRICKER, a.c., GRUR, 1974, 579 (588); LEHMANN Michael, Sales Promotion und unlauterer Wettbewerb, GRUR, 1974, 689 met verwijzingen; SCHRICKER, Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung? Betrachtungen im Anschluss an die Prüfzeichen-Entscheidung des BGH vom 14 Mai 1974, GRUR, 1975, 111(115). Contra, w.b. § 3 UWG, het door SCHRICKER besproken BGH, 14 mei 1974, GRUR, 1975, 150 (links).

§ 3. Rechtmatigheid (82) der kritisch vergelijkende reclame in het belang van de consument ?

189. Onder benadrukking van het hoger aangestipte informatief karakter der reclame en het nut ervan voor de voorlichting van de consument, heeft men de laatste jaren vaak gepleit voor het toelaten, onder zekere voorwaarden, van de kritisch vergelijkende reclame (83).

(82) De term rechtvaardiging, door sommige auteurs gebruikt, is vanuit het standpunt van het Duitse recht slecht gekozen, omdat bij strijd met de gute Sitten het niet mogelijk is eerst de principiële onrechtmatigheid vast te stellen en deze dan bij uitzondering te billijken. De handeling kan slechts stroken of strijden met de gute Sitten. Zie: EICHMANN, o.c., blz. 188 e.v. met verwijzingen. Adde: BGH, 22 jan. 1971, GRUR, 1971, 259(260), noot DROSTE, WAZ, met verwijzingen.

Ook voor Nederland gaat deze opmerking op. Daar de in aanmerking komende ongeschreven zorgvuldigheidsnorm telkens op grond der concrete omstandigheden dient te worden geformuleerd is een mogelijke rechtvaardigingsgrond er noodzakelijk in de regel zelf begrepen. Een uitzondering daarop vormt art. 1412, 2e lid B.W., waarover infra. Aldus ook impliciet: SLACTER, o.c., blz. 31 e.v. In België daarentegen dient vergelijkende reclame, als uitzondering op het principiële verbod van art. 20 WHP (eventueel aangevuld door art. 54 WHP bij leemte), gerechtvaardigd te zijn door de noodzaak der verwijzing.

(83) Aldus o.a.: VOLP, Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP, 1961, 135 e.v.; GODDE, Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung; BERGMANN, Vergleichende Werbung durch wahrheitsgemässe Kritik; WERNER, o.c.; STROTHOFF, o.c.; SCHWAMMBERGER, a.c., NJW, 1961, 1185 e.v.; HARTMANN, Zulässigkeit vergleichender Werbung, NJW, 1963, 517 e.v.; RINCK, a.c., BB, 1962, 105; BRINKMANN, o.c.; WENZEL, a.c., NJW, 1962, 82. SLACTER, o.c., blz. 149 e.v.; BREGSTEIN, Moet de vergelijkende reclame als onoorbare concurrentie worden aangemerkt? Verzameld Werk, blz. 371 e.v.; POLAK, J.M., a.c., S.E.W., 1968, 425 (430). DE GRYSSE, noot onder Voorz.Kooph. Brussel, 3 jan. 1971, Ing.Cons., 1972, 89 (106) met verwijzingen; VAN BUNNEN L., a.c., J.T., 1972, 741 (743).

Vooraleer echter dit standpunt nauwkeuriger te omschrijven, dient echter eerst vastgesteld te worden wat onder informatie moet worden verstaan, welke remmingen dit informeren door de reclame ontmoet en wat de economische vakliteratuur denkt over het ingeroepen argument.

Wat is informatie ?

190. De WHP omschrijft dit begrip niet en ook de buitenlandse auteurs bekommeren zich weinig om de preciese betekenis ervan. Een onderzoek dringt zich dus op, daarde discussie wezenlijk op het informatief karakter der reclame steunt. Hierbij moet men uitgaan van de betekenis in het gewone spraakgebruik, zo geen specifiek juridische betekenis van het woord bestaat (84).

Informatie betekent volgens het gewone spraakgebruik onderricht, onderzoek, boodschap, inlichting. Doch thans verstaat men er meestal (naar Angelsaksisch voorbeeld) een verrijking van de kennis bij de ontvanger onder. In het algemeen zal deze kennisverrijking een verdere handeling inleiden (85). Deze betekenis uit het dagelijkse spraakgebruik is ook diegene die men in de juridische en economische literatuur meestal gebruikt. Nochtans is er verwarring ontstaan, doordat in de psychologie en de sociologie het begrip informatie een afwijkende betekenis heeft, namelijk van elke mededelingsoverdracht, zelfs en ook wanneer deze op gevoelens en stemmingen inwerkt, zonder dat de aangesprokene het overgedragene

(84) Cass., 23 april 1951, J.T., 1951, 397; Cass., 25 juni 1973, J.T., 1974, 247, noot P. WILHELM; ZEVENBERGEN, Formeele Encyclopaedie der Rechtswetenschap, blz. 316; ASSER-SCHOLTEN, Algemeen Deel, blz. 48 e.v.; VAN GERVEN, Algemeen Deel, nr. 18, blz. 55.

(85) Grote Winkler Prins (1970), Tw. Informatie; Grosse Herder, id.; P. ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, id.

bewust en opmerkzaam opneemt (86).

Hoewel alle auteurs op het begrip uit het gewone spraakgebruik schijnen te steunen - geen enkele definieert immers precies wat hij onder informatie verstaat - toch is het niet zo zeker dat reclame werkelijk een kennisverrijking van enige omvang beoogt te geven die een verder handelen zal inleiden. Immers een groot gedeelte der hedendaagse reclame maakt voortdurend gebruik van technieken die op gevoelens en stemmingen inwerken en tracht de aangesprokenen te conditionneren, ook en zelfs zonder dat dezen de reclame bewust en opmerkzaam opnemen. Bij alle reclame blijkt trouwens dat slechts zoveel kennisoverdracht, zulke boodschap wordt overgebracht als de adverteerder meent efficient te zijn in functie van de concrete doelstellingen die hij zich stelde. Hieruit mag besloten worden dat men over het algemeen het informatief karakter van reclame niet mag overdrijven (87), maar ook dat het gehalte aan informatie verschilt naargelang de met de reclame nagestreefde doelstellingen en haar concrete verschijningsvorm. Men aantal hinderpalen, eigen aan de reclame tasten haar informatief karakter aan. Zij worden thans beschreven.

(86) Daarover in extenso: BRUCKNER Peter, Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, blz. 40 e.v.

(87) Op de geringe mate aan informatie wordt gewezen door: BORCK, Vergleichende Werbung und kein Ende, WRP, 1962, 249 (251); GREIFELT, Wirtschaftliche Gesichtspunkte zur vergleichenden Werbung, WRP, 1962, 143; RUNGE, Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien; eine Entgegnung, NJW, 1961, 1157; KRIEGER, a.c., BB, 1962, 240 (241); BAUMBACH-HEPNER-MBHL, o.c., nr. 29 bij § 1 UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 436; OVEREEM, Bestrijding van misleidende reclame, N.J.B., 1975, 369 (372).

Hinderpalen gesteld aan het informatief karakter der reclame.

191. Een eerste hinderpaal rijst door het onderscheid tussen de aan te wenden media voor de verspreiding der reclame: sommige eigenen zich niet voor het weergeven van een aanzienlijk of minder aanzienlijk deel aan informatie. Televisie- of filmreclame en gesproken reclame moeten kort zijn en snel overzichtelijk, zodat zij, buiten de merknaam en een sloganachtige typering van het produkt of de onderneming, slechts weinig karakteristieke informatie vermogen te bieden. Sommige geschreven reclame als affiches, posters, spandoeken, lichtreclames dienen evenzeer kort te zijn, omdat men kan voorzien dat het rechtstreekse contact van het publiek met de reclame slechts kortstondig zal zijn (88) of dat men materiële of technische beperkingen ondergaat, die hun weerslag hebben op de mogelijke lengte van de tekst (bv. spandoek voortgetrokken door een vliegtuig). Deze reclame dient dus regelmatig herhaald ofwel op vele plaatsen aanwezig te zijn en kan slechts gericht zijn op de creatie van goodwill voor het geadverteerde en de versterking van de bekendheid van het merk of het benadrukken van één of weinige eigenschappen van het produkt.

192. Verder is er een onderscheid tussen het adverteren voor industriële goederen of consumptiegoederen. Daar industriële goederen slechts na berekeningen en vergelijkingen worden aangekocht, dient de reclame ervoor meer informatie te bevatten en dient zij zoveel als mogelijk is rationeel te zijn (89). Eenzelfde eis stelt EICHMANN aan de reclame voor die goederen die de ver-

(88) Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 3 jan. 1971, Ing. Cons., 1972, 89, noot L. DE GRUYSE, le rail dégage la route.

(89) COPELAND, o.c., blz. 258-259; EICHMANN, o.c., blz. 89 e.v. Maar zo louter merkinagebevordering wordt nagestreefd maakt men evenzeer gebruik van korte reclame met slogans. Men zie de reclame voor Berliet-camions: De Standaard, juli-aug. 1969. Vgl. BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1969, 283, noot HARMSSEN, Schornsteinauskleidung.

bruiker als een investering opvat omdat ze lange tijd meegaan en tamelijk zwaar doorwegen in zijn budget (90). Nochtans blijkt dit in de praktijk niet helemaal zo te zijn: er bestaat naast reclame voor zulke goederen met tamelijk uitgebreide informatie, een zeker even grote hoeveelheid aan reclame waarvan de informatieve inhoud klein is en die vooral op het gevoel appeleert, zonder onderscheid volgens het belang dat de door de aankoop vereiste investering inneemt in het consumentenbudget.

193. Een derde beperking aan de informatieve inhoud is het feit dat er in sommige handelssectoren haast uitsluitend niet-informatieve reclame of reclame met een verwaarloosbaar gehalte aan informatie wordt gemaakt. Zulke sectoren zijn de cosmetische industrie, de kledingsindustrie en andere sectoren die voor een groot gedeelte luxegoederen verhandelen die erg aan modeverschijnselen onderhevig zijn. De reclame ervoor is voornamelijk prestigereclame. Zij appeleert vooral op het sociaal aanzien dat verworven wordt met het bezit van een bepaald goed en correleert men wat men de demonstratieve consumptie heeft genoemd (Veblen-effect of het verschijnsel te consumeren 'to keep up with the Jones's'). Anderzijds is er ook reclame die wijst op een aantal bedrijfskenmerken die irrelevant zijn voor de aankoopsbeslissing, doch waarop vaak wordt gewezen: aldus de ouderdom van de onderneming, cijfers over omzet, kosten en vermogen, personeelscijfers of sociale voorzieningen ten gunste van dit personeel, de vestiging of het aantal vestigingsplaatsen (91).

(90) REICHMANN, o.c., blz. 90.

(91) Vgl. KARP, Das Wesen der vergleichende Reklame, blz. 54-55.

194. Een laatste beperking volgt rechtstreeks uit de wet: inderdaad zou de reclame aan informatieve kracht kunnen winnen en eventueel een meer adequate gids gaan betekenen voor de aankoopbeslissingen van de verbruikers, zo de adverteerder het eigen aanbod of datgene wat men van de eigen onderneming wil geweten zien, ook mocht aanvullen met of zich optrekken aan of zich duidelijk individualiseren tegenover de produkten of de handel van één of meerdere van zijn mededingers. In België en Duitsland acht men echter principiëel de verwijzing naar de mededingers een daad van onrechtmatige mededinging, tenzij wanneer daartoe voldoende aanleiding of noodzaak bestaat. In Nederland is de houding van de rechtspraak minder duidelijk en aanvaardt men als ongeoorloofd de onware of krenkende reclame, doch lijkt men niet zover te willen gaan daarbuiten elke kritische vergelijking los van de bijkomende omstandigheden, als ongeoorloofd te veroordelen (92). Het verder onderzoek in dit hoofdstuk zal zich in grote mate toespitsen op de vraag of er in het belang der consumenten geen mildering van dit principiële verbod dient te worden bepleit.

Het oordeel van de economist.

195. Het oordeel van de economist uitgesproken over de mogelijkheden der reclame tot voorlichting van de consument, komt hard aan over alle juridische stellingen die steunen op de marktdoorzichtigheidsbevorderende werking van de reclame.

"Die Vermutung freilich, die Werbung könnte in nennenswerten Masse zur Uebersichtlichkeit des Angebots oder gar zur Durchsichtlich-

(92) Daarover uitvoerig infra. Vergelijk: BRUGSTEIN, a.c., Verzamelde Werk, blz. 371 e.v.; SLAGTER, c.c., blz. 148 e.v.; ULMER, Oneerlijke mededinging, I, EEG, blz. 119; ULMER-BÄUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, blz. 201 e.v.

keit des Angebots oder gar zur Durchsichtlichkeit der Produktqualität beitragen, hat nicht viel für sich. Das zentrale Anliegen der Werbenden ist und bleibt, die in Frage kommenden Käufer bzw. Interessenten so zu beeinflussen, dass sie ihre Kaufentscheidungen zugunsten der die Werbung betreibenden Unternehmungen bzw. Gruppen treffen. Nicht die objektive Beschaffenheit eines Produkts oder einer Dienstleistung ist die Realität in der Marktpsychologie, sondern einzig die Verbraucher- oder Gebraucher-Vorstellung. Dieser Leitsatz der Marktpsychologie zeigt in aller Deutlichkeit, dass das Ziel der Werbung nicht Uebersichtlichkeit und Durchsichtigkeit, sondern Differenzierung sein muss. Eine wirkliche Aufklärung über Güte und Preiswürdigkeit der angebotenen Waren vermag die Werbung nicht zu leisten. Dieser Effekt kann erst durch Erprobung erzielt werden." (93)

Uit dit strenge oordeel dat steunt op een uitgebreid economisch onderzoek, blijkt dat slechts wanneer de marktpsychologie fundamenteel zou veranderen,

men een noemenswaardige voorlichting aan de reclame zou kunnen ontleen (94). Tot heden moet men echter nog steeds aannemen dat elke reclame evenzeer als een

(93) SCHIERHORN, o.c., blz. 54 onder verwijzing naar andere auteurs. Vgl. ABBOTT, o.c., blz. 81 e.v.; blz. 88 en 89.

(94) En niet alleen de marktpsychologie maar ook de ganse economie. GALBRAITH heeft erop gewezen dat via reclame de producent de consument beïnvloedt. De producent bepaalt het leefpatroon en de inhoud van de sociaal-economische politiek waarbij de groei der economie de centrale plaats inneemt. De richting en de inhoud van de groei zijn goeddeels willekeurig en gehoorzamen alleen aan de wet van het winststreven. De mens als consument is daaraan ondergeschikt: in een maatschappij die de groei als eerste doel der productie poneert, hangt het lot van de mens af van zijn produktiviteit en in functie daarvan is het bezitten van consumptiegoederen tot een cultuur verheven. The affluent Society, blz. 40 e.v.; The new industrial State, blz. 211 e.v. Vgl. MEYNAUD, La défense des consommateurs, blz. 14.

mogelijkheid tot voorlichting, een mogelijkheid tot misleiding in zich draagt (95). Overgebracht op het logische plan wordt de moeilijkheid voor de reclame om voorlichting te brengen nog duidelijker: immers, een vergroten der marktdoorzichtigheid door informatie betekent een doen toenemen van het rationeel, gemotiveerd inzicht in de factoren die bepalend zijn voor de rationaliteit van de aankoop, terwijl reclame door haar doel, dat wezensbepalend is, overredend tot de aankoop moet zijn (96) en dus daardoor steeds bedreigd tot afglijden naar irrationaliteit (97). Hiertegen zou men als argument kunnen gebruiken het feit dat men in Duitsland waar men thans voortdurend pleit voor een mildere houding tegenover de kritisch vergelijkende reclame, het strengt is tegenoveronzakelijke reclame. Allereerst is echter duidelijk dat die opvatting België noch Neder-

(95) Aldus uitdrukkelijk: BGH, 13 nov. 1951, GRUR, 1952, 416 (417), Dauerdose.

(96) U.KOPPELMAN, Vergleichende Werbung als Mittel der Verbraucherinformation, VPK, 1974, nr. 13,5 e.v. stelt dat empirisch bewezen is door de onderzoeken van VON HOVLAND en WEISS, dat de massagerichte reclame voor de aankoopbeslissing slechts een zeer geringe betekenis heeft, omdat het publiek er slechts belang aan hecht zo de adverteerder geloofwaardig voorkomt. Wordt het oogmerk te beïnvloeden vastgesteld door de aangesprokenen (wat men bij reclame meestal zonder meer mag veronderstellen), dan verliest deze informatiebron zeer sterk aan betekenis voor de aankoopbeslissing van de consument. Hij stelt bovendien dat kortzichtig denken gericht op de vergroting van de omzet op korte termijn, tot foutieve informatieverstrekking kan voeren. Vgl. OVEREEM, a.c., N.J.B., 1975, 369 (370) met verwijzingen naar onderzoeken dienaangaande in Nederland.

(97) Een goed voorbeeld daarvan geeft STEMERDING A.H.S., o.c., blz. 14-15: "In een commissie die tot taak had de behandeling van het moeilijke onderwerp der voorlichting van artsen op het punt van de farmaceutische produkten, kwam het volgende probleem aan de orde: "Op welke wijze dienen nieuwe produkten van de farmaceutische industrie onder de aandacht van artsen te worden gebracht?" Dit is een zeer delicate aangelegenheid, omdat het geven van misleidende voorlichting zou kunnen schadelijk zijn voor de volksgezondheid. De commissie was het er dan ook spoedig over eens dat er strenge eisen aan de objectiviteit van deze voorlichting zouden moeten gesteld worden. Men kwam tot de volgende formulering :

land (98) wensen te volgen. Bovendien mag niet uit het oog verloren worden dat het gros der vonnissen en arresten uit de

.../..."De voorlichting moet door middel van objektieve, controleerbare gegevens een zo volledig mogelijk beeld van een geneesmiddel of een bepaald facet daarvan geven, als hulpmiddel voor verantwoord geneeskundig gebruik". De aankondiging van een nieuw geneesmiddel zou moeten gebeuren zonder franje, zonder opschik, maar met behulp van een wetenschappelijk verantwoord exposé omtrent de bevonden werking van het preparaat. Dit zou er dan toe leiden dat de brievenbus van een arts niet meer iedere ochtend vol zou liggen met gratis proefmonsters in een prettige verpakking, maar veeleer met een compacte hoeveelheid wetenschappelijk betrouwbare gegevens. Na de aanvankelijke eensgezindheid rees er echter spoedig twijfel in de commissie over de reële waarde van dergelijke voorlichting. Zou de fabrikant er in slagen zijn nieuw produkt onder de aandacht van de drukbezette huisarts te brengen? Zou de huisarts er in slagen in zijn drukke praktijk vrije tijd te maken voor het bestuderen van al deze objektieve feiten en resultaten van wetenschappelijk speurwerk? De commissie kwam tot de slotsom dat een zekere mate van aanprijzing een noodzakelijke voorwaarde is voor de levensvatbaarheid van een dergelijke voorlichting."

1. Zie: Voorlichting en aanprijzing inzake geneesmiddelen gericht tot de medische en farmaceutische kringen. Farmaceutische industrie, nr.11, november 1965.

(98) Sommige auteurs hebben gepleit voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame als tegengewicht tegenover de ruim toegelaten superlatief-reclame. Zie de verwijzingen bij ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, blz. 202, noot 80; EICHMANN, o.c., blz. 122-123 met verwijzingen. Anderen wensen in de toekomst de suggestieve of niet-informerende reclame streng beteugeld te zien: MARZEN, a.c., ZfhF, 1962, 284 (301); EICHMANN, o.c., blz. 99; WERNER, o.c., blz. 74 en a.c., BB, 1972, 516 (517). Zo voor de superlatiefreclame: VAN BUNNEN L., a.c., J.T., 1972, 741 (742); DE CALUWE, DELCORDE, LEURQUIN, o.c., nr. 309, blz. 436; Voorz. Kooph. Brussel, 3 sept. 1974, J.T., 1975, 121, Capi A28.

Duitse rechtspraak op verzoek van de Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.v. of van beroepsverenigingen werden geveld, en dat de inbreuken erop nog zeer frequent voorkomen, zodat men zich kan afvragen in hoeverre deze rechtspraak aan de wensen der betrokken kringen voldoet en niet een correctief is dat door de rechtspraak krachtens eigen rechtmatigheidsgevoel werd opgelegd, doch vreemd blijft aan het bedrijfsleven (99).

X 196. Er is dus een grondige tegenspraak vast te stellen tussen de opvattingen van de econoom die uitgaat van empirisch onderzoek en die daaruit conclusies trekt welke totaal afwijzend zijn en het optimistische beeld, gegrond op de theoretisch mogelijke markt-doorzichtigheidsbevorderende werking, door verscheidene juristen. Indien wij beide opvattingen aan elkaar toetsen dan dringen een aantal vaststellingen zich onmiddellijk op.

Allereerst: vergelijkende reclame acht men nodig omdat de consument geen overzicht heeft over de markt, waardoor hij elk aanbod voor passend houdt en waarin hij nog versterkt wordt door de reclame (100). In deze uitspraak ligt duidelijk besloten dat het begrip reclame hier in twee betekenissen wordt gebruikt, waarvan het als ideaal gestelde een totale verandering der reclamepsychologie veronderstelt en aan de reclame een taak toeschrijft die de hare niet is (101)

(99) Significatief is echter dat men in Duitsland sedert de dertiger jaren steeds van Werbung spreekt, een term die veel algemener en neutraler klinkt dan het met de idee van marktgeschiedenis nauw verbonden Reklame. Daarover: CRÄMER, o.c., blz. 67 e.v.; BUSSMANN-DROSTE, o.c., blz. 8.

(100) VOLP, Vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP, 1965, 125; SCHWAMBERGER, a.c., NJW, 1961, 1185 (187); RINCK, Warenvergleich durch Verbraucherverbände, BB, 1960, 949; BREGSTEIN, a.c., Versameld Werk, blz. 371 (391).

(101) "Hierunter (t.t.z. objektiv vergleichende Werbung) ist diejenige Werbung zu verstehen, bei der eine oder mehrere gewerbliche Leistungen derart gegenübergestellt und miteinander in Beziehung gebracht werden, dass der Werbende bestimmte Eigenschaften seiner Leistung und der der Konkurrenz hervorhebt und den Unterschied darlegt, wobei er sich jeglicher Folgerung enthält. Die Wertung, die

.../...

Deze opvatting houdt impliciet ook in dat men in de toekomst zou moeten komen tot een verbod van alle niet-informatieve reclame: vergelijkende reclame wordt hier immers voorgesteld als een correctief tegenover ongewenste reclame vanuit het standpunt der marktdoorzichtigheid (102). Leest men er echter handboeken over adverteren op na of kijkt men eens uit naar de reclamepraktijk, dan merkt men dat zulk verbod weinig kans maakt in de nabije toekomst. Wel beschikt de rechter over een correctieve taak bij de beoordeling der rechtmatigheid in verband met een bercep op bepaalde handelspraktijken. Het is echter zeer de vraag of de rechtspraak vermag dergelijke diep ingewortelde opvattingen te doen wijzigen (103).

.../... bei der Werbung mit dem subjektiven Vergleichsergebnis allein veröffentlicht wurde, unterbleibt. Es wird nur die Bewertungsgrundlage aufgezeigt, die bei dem subjektiven Vergleichsergebnis verschwiegen wurde. Die folgerung aus den dargelegten Unterschieden wird dem Umworbenen überlassen. Mangels einer Bewertung beschränkt sich nun die Werbung auf das objektive Gegenüberstellen bestimmter Eigenschaften." WERNER, a.c., BB, 1972, 516 (517). De utopische aard van deze definitie is zonder meer duidelijk als men zich de vraag stelt wanneer een ondernemer of een reclame-agentschap het economisch verantwoord zal achten zulke reclame te maken en daartoe geld uit te geven. Bovendien wordt hier een zekere onbaatzuchtigheid verondersteld van de adverteerder die hem totaal vreemd moet zijn. En van de consument wordt een houding verondersteld tegenover de reclame die allesbehalve met de normale levenservaring strookt, terwijl de meeste reclame er precies op is gericht de hier veronderstelde, kritische en beredeneerde houding uit te schakelen door overrompeling met groot-spraak of door de quantiteit der reclame evenals door het wekken van een magister-dixit-redenering bij de aangesproken consumenten.

(102) Zeer duidelijk treedt dit naar voor in de uiteenzetting van LOEWENHEIM, Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR, 1975, 99 e.v. die echter informatieve reclame reserveert voor investerings-, suggestieve reclame voor consumptiegoederen.

(103) daarover infra, nr. 218. Verder is in concurrentiezaken vaak (en meestal niet ten onrechte) kritiek uitgeoefend op de wijze waarop de rechtspraak zich van haar taak ten dezen kwijt. Gesteld wordt namelijk om met GOTZEN, o.c., I, nr. 65, blz. 73 te spreken, dat "Het gevaar schijnt niet denkbeeldig dat de rechters zich onder de bekoring van een zo hooggestemde formule als dese der

.../...

.../... goede zeden, geroepen voelen om niet enkel orde te handhaven in de concurrentiestrijd, maar een ware "beschavingscampagne" te beginnen, bestemd om handel en nijverheid op een meer idealistisch niveau te verheffen." Deze auteur staft dit met verwijzingen en met een historisch overzicht. In Duitsland wordt dit trouwens nog versterkt doordat de rechter zich tevens gaat stellen op de plaats van de aangesproken consument, van de derde in de concurrentiestrijd, omdat de rechters ook consumenten zijn en van daar uit, steunend op eigen levenservaring, menen te kunnen oordelen. "Auch der erkennende Senat kann dies aus eigener Wissenschaft beurteilen, (nl. wat de bewering in de reclame "Es gibt keinen vornehmeren Sekt in der Konkurrenz" betekent in de ogen van de aangesproken verbruikers, L.B.) d a e r z u d e n a n g e s p r o c h e n e n V e r b r a u c h e r n g e h ö r t (vgl. BGH (13 juli 1957, L.B.) GRUR 1963, 270, 273 - Bärenfang),..." OLG Frankfurt a. M., 8 okt. 1970, BB, 1971, 59. Kritisch daarover: SCHRICKER, a.o., GRUR AIT, 1970, 32 (39-40) met verwijzingen: "Dass der Richter zu den unbefangenen Durchschnittskäufern gehört, scheint freilich sehr zweifelhaft(...). Sein Verhältnis zur Werbung wird eher kompliziert und problembe-laden, von unvermeidlicher "déformation professionnelle" geprägt sein. Die hohe Sensibilität der deutschen Rechtsprechung in Fragen der täuschenden Werbung, die etwa bei akustischer Rklame für Eiernudeln noch zwischen "Konversationsgegacker" und "Legegegacker" der Hühner unterscheidet und daran rechtliche Schlüsse knüpft⁹⁶, ist wohl nicht zuletzt eine Folge dieser unsicheren Prämisse. Auch bei uns könnte die empirische Methode noch stärker zum Zuge kommen (...)"

"96. BGH vom 27.6.1961, GRUR, 1961, 544 - Hühnergegacker. Das Urteil beruht bezeichnenderweise auf der "eigenen Sachkunde und Lebenserfahrung" der Richter der Tatsacheninstanz; die Einholung eines demoskopischen Gutachtens wurde abgelehnt."

Zie meer algemeen i.v.m. de notie "gute Sitten" het hierboven uiteengezette en BVerwG, 23 febr. 1960, NJW, 1960, 1407 (1409), noot Heinz RUTKOWSKY: "Daher darf auch der Richter, wenn er eine Einzelfrage aus dem Gebiet von Sitte und Anstand entscheidet, nicht seine persönliche Anschauung allein maßgebend sein lassen. Er muss vielmehr erwägen, welche der Anschauungen, die innerhalb des Kreises aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen vorkommen, der art überwiegt, dass er sie zur Grundlage seines im Namen des Volkes ergehenden Urteils machen darf."

197. Het feit dat een ondernemer geen vergelijkende warentest-resultaten voor zijn reclame mag gebruiken (104) is evenmin een argument. Hij mag adviezen, door wetenschapsmensen opgesteld, evenmin onbeperkt in zijn reclame gebruiken (105) en zou, zelfs wanneer een onbeperkte aanwending van testresultaten krachtens de concurrentiewetgeving zou mogelijk zijn, nog op een weigering van het merendeel der testorganisaties stuiten.

198. Ook het argument dat vergelijkende reclame noodzakelijk zou zijn ter verhinderings en voorkoming van monopolies, kan niet worden staande gehouden (106). Dit zou ertoe leiden dat men een correctief bedenkt dat de wortel van het kwaad niet aantast, om te kunnen rechtekken wat men omwille van de fundamentele principes van vrijheid van handel en nijverheid en van meningsuiting niet reeds van bij de basis kan bestrijden. Men zou vergelijkende reclame toelaten als een correctief op de vrijheid van nijverheid en handel en de vrijheid van meningsuiting, precies omdat dezen zich verzetten tegen een contingentering der reclame.

De verdringing van één of meerdere concurrenten uit de markt is immers principieel rechtmatig, daar zij tot het wezen van de concurrentiestrijd behoort (107). Een veroordeling van de reclame kan niet gevelde worden op grond van haar principieel rechtmatig gevolg,

(104) Aldus: Werner o.c., blz. 84.

Over de grondslagen van dit verbod, zie infra.

(105) Daarover: FROWIN, Werbung mit Gutachten; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 18 bij § 1 UWG; Kooph. Gent, 19 juni 1909, geresumeerd bij COPPIETERS DE GIBSON, o.c., nr. 335; Pres. Kooph. Brussel, 31 okt. 1957 en Brussel, 6 dec. 1958, Ing. Cons., 1959, 377 e.v.; LG Düsseldorf, 4 aug. 1964, WRP, 1965, 294; Rb. Amsterdam, 18 dec. 1931, N.J., 1933, 424.

(106) PULLIG K., o.c., blz. 168; Vgl. GODDE, o.c., blz. 73 e.v.: BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (391); SLAGTER, o.c., blz. 153.

(107) Vgl. SLAGTER, o.c., blz. 14 met verwijzingen; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 22 bij Allg. UWG; PAIANDT, o.c., nr. 8u bij § 826 BGB.

doch slechts op grond van de gebruikte middelen en het nagestreefde doel. Indien dit laatste uitschakeling van concurrenten zou beogen om tot grote monopolie-macht en prijsbeheersing te komen, dan moet het eventueel mogelijk zijn de daartoe gevoerde reclame onrechtmatig te oordelen, omdat zij ertoe strekt de handelsvrijheid op het bestreken terrein op onrechtmatige wijze te beknotten (108). Dat echter preventief, als wapen om dergelijk misbruik te voorkomen, aan alle concurrenten dient te worden toegestaan om reclamevergelijkingen te maken, lijkt een verkeerd standpunt te zijn: de vergelijkende reclame, gevoerd door de marktleider die monopolie-macht nastreeft, zal immers steeds het luidst klinken, terwijl hij bij een proces wel over meer financiële adem zal beschikken dan zijn tegenstrevers, zo dezen hem aanvallen; dezen zouden ook onderling door vergelijkende reclame hun positie op de markt zodanig kunnen verzwakken dat de totale markt uiteindelijk veel gemakkelijker door de marktleider zal kunnen worden ingepalmd. Bovendien wordt de juridische logica hier enigszins geweld aangedaan: misbruik van de economische machtspositie wordt door het communautaire, supranationale recht en het nationale kartelrecht voldoende efficiënt beteugeld, zodat het onnodig is ter voorkoming van economisch machtsmisbruik te pleiten voor een omwenteling binnen het mededingingsrecht stricto sensu. De nefaste

(108) Aldus werden reclamecampagnes met massale verdeling van originele produktenpaketten als proefmonsters, in Duitsland verboden: BGH, 22 febr. 1957, NJW, 1957, 479. Suwa. Zie ook: RG, 18 dec. 1931, RGZ, 134, 342 (347): zulk schaden der concurrenten is "so lange nicht zu beanstanden, als sie nicht zum blossen Selbstzweck werde oder sich für den Betroffenen zu einem Nachteil entwickle, der in keinem Verhältnis zu dem vom Schädiger erstrebten Nutzen stehe." M.a.w. werkelijk misbruik moet aanneembaar zijn. Vgl. Cass. 18 febr. 1965, Pas., 1965-I-620; BEEKHUIS C.H., o.c., blz. 26.

invloed van economisch machtsmisbruik voor de totale economie kan beter geweerd worden op grond van een lex specialis met aangepaste sancties en procedures, dan via het veel individualistischer gerichte reclamerecht, waarin slechts bijkomstig plaats is ingeruimd voor de nastreving van het algemeen belang en dat onmachtig staat tegenover misbruiken die niet tot het eigen land zijn beperkt (109).

Het argument vanuit het eigenbelang van de adverteerder.

199. Wat te denken van opwerpingen dat op de duur alleen die reclame succes zal kennen waarvan de inhoud met het werkelijke beeld van produkt of onderneming overeenstemmen? Geldt m.a.w. de regel dat "you can fool some people all the time, you can fool all the people some time, but you can not fool all the people all the time" ook voor de reclame? (110).

Allereerst weze opgemerkt dat dit fenomeen van bewustwording van de verbruiker over het algemeen vrij lang duurt, welke duur afhankelijk is van de aard der goederen, in functie van de frequentie waarmee zij aangekocht worden en van hun kostprijs. Bovendien speelt de mogelijkheid of de verbruiker de reclame kan controleren in het gebruik van het produkt en of voorlichting door neutrale instanties daaromtrent werd gegeven. Ook legt deze uitspraak nogal sterk de nadruk op de rationaliteit van het verbruikersgedrag, terwijl de meesten toch emotioneel denken en handelen.

De reclamecampagnes met het grootste succes zijn diegene die een sterk en origineel appel aan een koopmotief of een totaal nieuw

(109) Inbreuk op het kartelrecht is een daad van oneerlijke mededinging: Voorz. Kooph. Nijvel, 1 maart 1973, J.C.B., 1973, 484.

(110) BRINKMANN, o.c., blz. 9; BERKHOUWER, o.c., blz. 82 e.v. Een andere formulering is die van de oude indiaan in Karl MAY's Winnetou: "zo de blanke man mij eenmaal bedriegt is de blanke een bedrieger, zo de blanke man mij tweemaal bedriegt ben ik een ezel."

image van het merk of het produkt weten te creëren en dit gebeurt niet noodzakelijk door waarheidsgetrouwe voorlichting, doch eerder door suggestieve, sterk aansprekende slogans (111).

Bovendien dient ook rekening gehouden te worden met het feit dat niet alle verbruikers bereid zijn zich te laten voorlichten en met de mate waarin zij de geboden voorlichting correct begrijpen en interpreteren (112). De hoger aangehaalde bewering is daarom alleen toepasselijk zo het om manifest minderwaardige produkten gaat, maar zij geldt niet tussen ongeveer evenwaardige produkten of tussen produkten waarvan de beoordeling der kwaliteitsverschillen voor de consument moeilijk is. Haar pertinentie is dus gering op het ons hier aanbelangende gebied.

Voorlopig besluit.

200. Indien men aldus een duidelijker beeld heeft gekregen van de - weliswaar beperkte - mogelijkheden van de reclame tot voorlichting van de consument, dan rijst toch nog de vraag of deze beperkte informatie niet ter beschikking van de consument moet worden gesteld, vermits het marktoverzicht er in beperkte mate door kan verbeteren.

[Op grond van bovenstaande beschouwingen die de voorlichtingscapaciteiten van de reclame zeer reduceren kan men daaraan twijfelen.]

Er is echter in het huidige mededingingsrecht een duidelijke trend om met het verbruikersbelang, als relevant algemeen belang, ernstig rekening te houden, zoals blijkt uit de recente wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. Meer en meer blijkt dat men niet alleen de strijd tussen de mededingers om de beslissing van de koper moet

(111) Bv. "Stop een tijger in uw tank" als slogan voor benzine; wellicht het grootste reclamesucces der laatste jaren. Vgl. SCHRICKER, a.c., GRUR, 1974, 579 (585).

(112) COHEN, Reclame en bescherming van de consument, Synopsis, nov. dec. 1969, 73 (78 e.v.).

trachten te ordenen volgens principes van wederzijdse verplichtingen, maar dat de belangen van de verbruikers, om wier beslissing uiteindelijk wordt gevochten, terdege moeten medebepalend zijn bij de formulering van de wederzijdse plichten der rivaliserende handelaars.

201. Men dient zich echter voor twee gevaren te hoeden bij dit pleidooi, indien het wordt ingeroepen ten voordele van vergelijkende reclame ten bate der verbruikers. Allereerst mag men geen positieve plichten aan de adverteerder opleggen die verder gaan dan een noodzakelijke inperking van zijn vrijheid van handel en nijverheid, omwille van de gewichtiger belangen van zijn mededingers, de verbruikers of het algemeen belang. Vandaar dat heel het reclamerecht een geheel is van (positief of negatief) geformuleerde uitzonderingen op de regel der vrijheid. Positieve verplichtingen die beperkingen inhouden van de vrijheid van handel en nijverheid, doch niet specifiek schadelijk zijn voor de economische activiteit der medeondernemers of voor het algemeen belang, maar wenselijk zijn ter bevordering van de eigen omzet van de adverteerder of vereist zijn uit eerbied voor de persoon van de consument en zijn overtuigingen, zijn, bij gebreke van een uitdrukkelijk verbod in de wet of de handelsgebruiken, zonder sanctie en kunnen niet in aanmerking worden genomen.

Aldus de regel van een smaakvolle presentatie van televisiereclame, de regel dat moeilijke wetenschappelijke termen, statistieken of citaten uit wetenschappelijke werken voorzichtig moeten gebruikt worden, etc. in de codices voor de adverteerders, opgesteld door hun eigen organisaties (113). Daartegenover staat dat sommige gelijkaardige vormen van publiciteit, wegens schade

(113) Zie: Ing. Cons., 1964, 71 e.v.; Ing.Cons., 1965, 53 e.v.

aan het algemeen belang, uitdrukkelijk gereguleerd worden. Zo de reclame voor tabak en het roken, voor geneesmiddelen, voor middelen die contraceptieve of abortieve werking hebben (114).

202. Als tweede opmerking moet er de aandacht op worden gevestigd dat het niet is omdat er een mogelijkheid van voorlichting zit in de reclame, dat deze absoluut dient te worden benut. Indien reclame de enige bron van voorlichting van de consument ware, kon dit worden aanvaard; nu er echter meerdere andere en meer geschikte voorlichtingsbronnen bestaan, kan men slechts over de opportuniteit van wettelijke belemmeringen of van de geboden voorlichting gaan praten. Totaal fout is echter daarbij de bestaande feitelijke toestand voorbij te zien en veronderstellingen te maken die als "wishful thinking" dienen te worden gerangschikt. Hoger is er reeds op gewezen dat het toemeten van altruïstische motieven aan reclame (115), daar een vrij veel voorkomend voorbeeld van is.

203. Wat de positie van de verbruiker betreft kan men erop wijzen dat de vrijheid van meningsuiting ook een recht op informatie omvat. Dit recht bestaat erin dat het publiek een recht op kennisname heeft van al die gegevens waarover de informatiemedia op rechtmatige wijze voorlichting bieden en dat censuur ook in het belang van het publiek verwerpelijk is. Evenwel gaat dit niet zo ver dat het publiek een recht op voorlichting heeft in een actieve vorm, t.t.z. dat het aan de grondwettelijke vrijheid van informatie een afdwingbaar subjectief recht op voorlichting zou kunnen ontleenen om over bepaalde toestanden te worden voorgelicht. Kan dit

(114) Verwijzingen bij: D'HALLUIN A., a.c., R.W., 1973-74, 897 (914) en bij SCHRICKER, a.c., RabelsZ, 1972, 315 (320 e.v.).

(115) Gelijkaardige redeneringen van voorstanders der premieverkoop hebben voor een belangrijk deel geleid tot de verwarde discussies daaromtrent n.a.v. de WHP en hebben zelfs hun neerslag gevonden in de wet. Zie art. 37 en 38 WHP. Vgl. VAN BUNNEN L., La vente avec primes dans la nouvelle loi sur les pratiques de commerce, J.T., 1971, 657 e.v.

eventueel tegenover de staat worden aanvaard inzake belangrijke aangelegenheden (116), dan is het manifest dat tegenover particulieren zo'n recht op voorlichting inzake private aangelegenheden, een vorm van Drittwirkung der grondrechten veronderstelt die het recht niet garandeert. En zelfs al zou dit zo zijn dan zou zulk recht op voorlichting, evenmin als het passieve recht op informatie, geen vrijbrief kunnen inhouden de voorlichting over om het even wat, op om het even welke wijze en door om het even wie te zien gebeuren. M.a.w. de consument beschikt niet over een recht op om het even welke wijze, pasklare informatie ten behoeve van zijn aankoopbeslissingen vanwege een concurrent te ontvangen.

204. Maar ook het verstrekken van informatie door de adverteerder is niet volledig vrij. Het is immers onmogelijk vergelijkende reclame principieel steeds met een beroep op de vrijheid van meningsuiting te rechtvaardigen. Zeker geniet de reclame van deze fundamentele vrijheden en dient elke censuur in de ruimste zin van het woord te worden vermeden (117). Doch de adverteerder dient met

(116) Contra: WIGNY, o.c., I, blz. 320., nr. 201: "La liberté d'information, (...), est une liberté, par conséquent une limitation du pouvoir qui ne peut empêcher l'individu de chercher la vérité partout où il croit pouvoir la trouver, et non pas un droit social illusoire obligeant l'Etat à donner cette information exacte." Zo ook: VON MANGOLDT-KLEIN, o.c., blz. 241. Pro: L.GALAUBE, noot sub Gent, 26 april 1973, R.W., 1973-74, kol. 480 (494), Van den Daele; VANDER HOEVEN, Preadvies, blz. 97; DONNER, Preadvies, blz. 41.

(117) BVerfG, 4 april 1967, BVerfGE, 21, 271 (278-279), Südkurier. Noch in België, noch in Nederland is er literatuur aanwijsbaar die de verhouding reclame-meningsuitingsvrijheid onderzoekt. De literatuur aanvaardt wel dat art. 10 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens ook toepasselijk is op de reclame, hoewel toegegeven wordt dat de auteurs van het verdrag van Rome er niet aan dachten een vrijheid van reclame te beschermen. H.F. VAN PANHUYS, Het verdrag van Rome, de reclame en de commerciële televisie, blz. 8; ROOY, Maarten, Rapport au Colloque de Strassbourg, 1968, blz. 45, nr. 4.

de rechten van anderen, hier met name met het recht van vrijheid van nijverheid en handel en het recht van vrije meningsuiting in hoofde van de aangegrepenen, vooral rekening te houden.

Wat betreft de reclame vinden deze hun vertaling in de concurrentiewetgeving en in het fundamenteel recht in hoofde van andere ondernemers, om reclame te maken onder dezelfde beperkingen.

Hierbij is het duidelijk dat het wat betreft de inhoud van de reclame niet in de eerste plaats aankomt op een bescherming vanuit het recht op vrije meningsuiting. Deze geldt slechts aanvullend als bescherming van de activiteit van het adverteren naast de vrijheid van beroep en bedrijf. Wat betreft de inhoud van de reclame, de reclameboodschap, is het duidelijk dat deze geen bescherming der pers- en meningsuitingsvrijheid geniet, in zoverre deze vrijheden strekken tot een bescherming van het meningsvormend karakter dat uitgaat van de informatiemedia en van het vrije woord, van deze media als sociaal belangrijke instellingen. Het doel van reclame is aanprijzen en overreden met het oogmerk de economische activiteit van de adverteerder te bevorderen, wat tot op grote hoogte onverenigbaar is met kritiek en polemieken die een speciale bescherming der meningsuitingsvrijheid genieten omwille van hun sociaal belang en van hun overwegende pecuniaire belangeloosheid. De reclame en de informatiemedia kunnen op dit punt niet gelijkgesteld worden, omdat reclame in de regel niet op een sociale taak, zoals die aan de informatiemedia wordt toegemeten, kan aanspraak maken. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan blijken dat een in concreto gevoerde reclame naast een steeds op de eerste plaats staande nastreving van zijn eigenbelang door de adverteerder, ook in een voldoende mate het algemeen belang dient (118). Slechts dan is bij de rechtmatigheidsbepaling

(118) Zie de hoger geformuleerde regel.

bepaling met de vrijheid van meningsuiting en met de persvrijheid rekening te houden, zowel in hoofde van de adverteerder als van het aangesproken publiek. Een voorbeeld daarvan vindt men in het hieronder besproken Pelsversand-arrest (119) en het Motorjachtarrest (120), hoewel het in beide gevallen om weinig courante vormen van reclame ging.

204bis. Hierbij aansluitend dient even aandacht te worden besteed aan de positie van verderverkopers. Bestaan er redenen om vergelijkende reclame, door hen gemaakt, principieel of wat betreft de vereisten gesteld aan de concrete uitbouw ervan, anders te beoordelen dan diegene die uitgaat van de producent? Normaal immers voeren zij meerdere gelijkaardige merkartikelen van onderscheiden producenten, zeker zo zij zich rechtstreeks tot de verbruiker richten. Bovendien herleidt zich een goed deel van hun reclame tot het verkoopsgesprek, waarin zij hun beradende functie ter harte nemen en tegemoet komen aan het recht van voorlichting van de aspirant-koper.

Evident is dus dat verderverkopers zich dienen te onthouden van uitspraken over directe, op dezelfde trap van de distributieler staande, concurrenten, of over verderverkopers van substitutiegoederen. Hier is er immers geen enkele reden aantoonbaar voor een onderscheiden behandeling, daar hier rechtstreeks wordt geworven voor de eigen handelszaak met uitsluiting van een andere, die met naam wordt vermeld. Hiermee gelijk te stellen valt het geval dat de verderverkoper slechts één enkel der rivaliserende produkten of slechts die van één merkhouders voert. En voert hij er meerdere, dan is verboden, wanneer de klant om een duidelijk

(119) BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 1968, 645.

(120) BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159, noot SCHULZE ZUR WIESCHE.

omschreven merkartikel vraagt, dit door een ander te vervangen (120bis) of zonder vermelding van het feit dat men het gevraagde niet verkoopt, de gegadigde af te leiden van de aankoop van dit produkt en een ander (trachten) aan te pleiten.

Wij zouden evenwel willen verder gaan dan deze evidenties, en stellen dat in principe de verderverkoper, evenzeer als de producent of de importeur van een bepaald merkartikel, zich onthouden moet van kritisch vergelijkende reclame, ongeacht het feit of hij alle, geen of sommige van de ter vergelijking aangetrokken produkten voert. Persoonlijk vergelijkende, aanhakende, superlatief- of comparatiefreclame, door hen gemaakt, moet eveneens volgens dezelfde criteria beoordeeld worden.

Men mag immers aannemen dat normaliter de verderverkopers evenzeer als de producent kunnen gebonden zijn aan een bepaald produkt bij voorkeur boven andere: assortimentsmogelijkheden, een bestaande exclusiviteit, winstmarges, goede of slechte mogelijkheden inzake dienst na verkoop, kredietfaciliteiten, gemak van bevoorrading, ter beschikking gesteld reclamemateriaal, kunnen elk afzonderlijk of in combinatie met elkaar zulke voorkeur begronden. Deze preferentie is wellicht niet zo vanzelfsprekend, maar toch even reëel als deze van producenten of importeurs. Bovendien is het hen even moeilijk als voor de producent om aan de noden inzake voorlichting der consumenten op een vanuit het standpunt der informatie als der belangen van de aangegrepenen, aanvaardbare wijze tegemoet te komen. Omdat zij zich evenwel voortdurend "en tête-à-tête" met de potentiële kopers bevinden en een groot gedeelte van hun reclame tot het verkoopsgesprek kan worden herleid, moet men aanvaarden dat zij in dit verkoopsgesprek over een grote mate aan vrijheid om vergelijkende reclame te maken, beschikken.

(120bis) Zie nota 19.

Zo de potentiële koper om informatie vraagt, is dit vanzelfsprekend, omwille van de beradende functie en de noodzaak een aanbod te formuleren, beantwoordend aan de vraag. Maar de verkoper mag deze vraag om opheldering ook uitlokken of zo de klant niet met een duidelijk idee voor ogen, wat hij zou kopen, de verkoopsruimte betreedt, vergelijkende gegevens bekendmaken. Twee voorwaarden moeten nochtans vervuld zijn: allereerst mag de verkoper niet trachten de koper met een duidelijk idee omtrent wat hij precies zal kopen (merk, type), af te leiden van deze aankoop, indien hij daartoe geen dringende reden heeft die kan opwegen boven de keuzevrijheid van de koper (120ter); ten tweede dient hij zich bij zijn vergelijking te beperken tot het door hem gevoerde assortiment, en mag hij buiten een uitdrukkelijke vraag of een manifeste wil om opheldering vanwege de koper, geen vergelijkingen maken met produkten die hij niet kan leveren. Verder reiken immers zijn beradende taak en de verplichting zijn aanbod zo begrijpelijk mogelijk te formuleren, niet.

Wat betreft de concrete uitbouw der vergelijkende reclame, moet men stellen dat deze juist, in de mate van het mogelijke zakelijk voorgebracht, en zo volledig moet zijn als vereist wordt door de behoeften van de gegadigden. Wat betreft de zakelijkheid dient men voor het verkoopsgesprek niet al te streng te zijn. Een kwinkslag of het leggen van wat meer nadruk ten voordele van de door hem gevoerde produkten, kunnen hem niet verboden zijn. M.a.w. zo er al

(120ter) Zulke reden zal zeer uitzonderlijk kunnen aanvaard worden. Men denke aan het geval dat een koper vraagt om een produkt van een onderneming die sinds enige tijd failliet werd verklaard en voor wier nog in de handel zijnde produkten ernstige moeilijkheden inzake dienst na verkoop, waarborg etc. te verwachten zijn. M.a.w. de reden dient zodanig te zijn dat een eerlijke handelaar, op gevaar van "ondeontologisch" gedrag, zich aan deze mededeling niet kan onttrekken tegenover de klant.

een geding komt daaromtrent, dan moet men de uitspraken van de voortverkoper realistisch interpreteren en moet hem wat ademruimte of een zekere creatieve armslag worden gelaten in zijn antwoord op de vragen om inlichtingen of in de aanprijzing van zijn waar.

205. Ook het belang der concurrentie als leidend principe voor de economische orde, principe dat gesteund wordt door de vrijheid van nijverheid en handel, de contractsvrijheid, de vrijheid van vereniging, van eigendom en het kartelrecht, alsook door de grondwettelijke plicht van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie, verplicht niet tot een bijzondere behandeling van de reclame. Reclame is een uiting, een wijze van concurreren die als zodanig wel op al deze vrijheden, voor zover nodig, kan aanspraak maken, doch weerom geven deze geen vrijbrief voor elke mogelijke vorm van reclame. Hier ook is het slechts in de mate dat duidelijk blijkt dat het belang der concurrentie niet volledig op de achtergrond verzeilde achter het eigenbelang van de adverteerder, maar duidelijk herkenbaar kan aangewezen worden naast dit eigenbelang, dat ermee rekening dient gehouden te worden. Hiernaar werd verwezen in het Schornsteinauskleidung-arrest (121).

Zowel de vrijheid van meningsuiting in hoofde van de adverteerder als de verschillende andere fundamentele vrijheden in hoofde van de adverteerder, de mededingers en de concurrentie als eis van de economische orde kunnen dus slechts in uitzonderlijke gevallen ingeroepen worden om het oordeel over de rechtmatigheid van een in concreto gevoerde reclame te staven.

206. Wat nu betreft de verschillende rechten die men inroept ter bescherming van de verbruikers - recht op bescherming, recht op

(121) BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1969, 283, noot HARMSSEN.

voorlichting, recht op vrije beschikking over het inkomen - deze zijn als ratio legis in zeer veel concrete wetteksten neergelegd of mede beschouwd. Als principe zijn zij nergens uitdrukkelijk geformuleerd en het is vanuit het inzicht dat de verbruiker een bijzondere bescherming verdient, omwille van zijn economische ondergeschiktheid die zich uit in de gemakkelijheid om zijn belangen te krenken, het aangewezen zijn op het aanbod en zijn zwakke positie wanneer het op het afdwingen van zijn rechten aankomt, dat men eisen is gaan formuleren (122). Plaatsst men die belangen tegenover de reclame dan blijkt hoe diametraal deze tegenover de belangen van de adverteerder staan. Reclame is overtuiging, overreding en zij vormt een voortdurende versteviging van de aangewezenheid van de verbruiker op het aanbod, verzwakt zijn positie tegenover het aanbod voortdurend, in zoverre zij sterker aanprijzing en beïnvloeding is. Gaan pleiten voor al dan niet vergelijkende reclame ten voordele van de verbruiker heeft slechts zin in zoverre dit karakter van aanprijzing en beïnvloeding kan omgebogen worden naar relevante voorlichting. In zoverre namelijk deze aanprijzing de rationele bevrediging van zijn behoeften dient, het aangeprezene met de werkelijkheid overeenstemt en tegemoet komt aan het recht op bescherming, voorlichting en vrije beschikking over het inkomen, zou men weerom kunnen aannemen dat een in concreto gevoerde reclame daarom zou rechtmatig geacht worden. Omwille van het feit dat in de reclame de adverteerder allereerst zijn eigenbelang dient en dus niet de meest aangewezen persoon is tot behartiging van het algemeen belang, moeten de mogelijkheden dat de adverteerder een gerechtvaardigd beroep zou kunnen doen op zulke belangenbehartiging, om zich over de economische prestaties van de mededingers in vergelijking met de eigen prestaties uit te spraken, zeer beperkt geacht worden. Slechts wanneer een adverteerder objectief noodzakelijk in zijn

(122) SCHRIJCKER, a.c., RabelsZ, 1972, 315 (317).

eigenbelang en terzelfdertijd in het belang van consumenten of de economische orde over de economische prestaties van mededingers dient uitspraak te doen, kan zulke belangenbehartiging worden aanvaard (123). Meestal zal de adverteerder in zulke hypothesen ook een beroep kunnen doen op een thans reeds door de rechtspraak aanvaarde uitzonderingstoestand, welke toeliet zich over de prestaties van anderen uit te spreken. Tal van voorbeelden zullen daarvan hieronder worden besproken (124).

207. Ons standpunt tot hiertoe is dat uit het wezen der reclame zelf volgt dat, zo deze voorlichting biedt aan de consument, dit een neveneffect is naast haar hoofddoel van aanprijzing dat slechts een geringe mate aan kennisoverdracht noodzaakt. Op de vraag of en in welke mate dit neveneffect een standpuntsverandering inzake vergelijkende reclame opdringt, wordt thans verder ingegaan. Daartoe worden de opvattingen van de voorstanders van de principiële toelaatbaarheid verder onderzocht, de voorwaarden waaraan de reclame moet voldoen uiteengezet en wordt de actuele toestand van het vraagstuk in de onderzochte landen beschreven en besproken.

§ 4. Globale beschrijving en kritiek van de opvattingen van de voorstanders van een principieel toelaten van vergelijkende reclame ten bate van de consument.

208. In min of meerdere mate komen al de opvattingen van voorstanders van de principiële toelaatbaarheid van vergelijkende reclame ten bate van de consument volgens eenzelfde redenering tot dit besluit.

(123) Aldus: BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159 (160), noot SCHULZE ZUR WIESCHE, Motorjacht; H.R., 24 dec. 1937, N.J., 1938, 601, noot E.M.M., Solubarb.

(124) Zie hierna, § 5.

Haast alle auteurs gaan uit van een beschrijving van de situatie van de consument en diens hulpeloosheid tegenover het aanbod. Hij moet nochtans een keuze maken en zijn keuze is bepalend voor wat zal worden geproduceerd, waar en hoe het zal geproduceerd worden. Wil hij deze macht op de markt tot zijn grootste voordeel laten gelden dan is voldoende kennis van alle of voldoende relevante factoren die bepalend zijn voor zijn keuze een noodzaak. Elk in wezen rechtmatig middel om deze kennis te verwerven of te verbeteren is dan ook wenselijk. Daarbij lijkt het van ondergeschikt belang te zijn hoe en door wie deze kennis wordt verstrekt, indien zij de consument daadwerkelijk helpt. Dit wordt meestal niet zo radicaal geformuleerd, doch blijkt uit de beschrijving der mogelijke media of der wijzen om in de nood aan informatie bij de consument te voorzien (125). Overschakelend op de reclame, stelt men dat het vergelijken der aangeboden prestaties tot het wezen der moderne markteconomie behoort (126) en dus ook van de reclame (127). Om dan verder een ommezwaai der rechtspraak te bepleiten, vertrekt men van de |principiële geoorloofdheid| van elke vorm van reclame, zonder dat een rechtvaardiging nodig is, terwijl het |slechts bij//misbruik//is,| bij strijd met de erkende regels der fairness dat reclame kan oneerlijk worden. Noch uit het wezen der reclame, noch uit de argumenten der gevestigde rechtspraak en rechtsleer zou een principiële veroordeling van vergelijkende reclame kunnen volgen. De |regel| dient dus de |rechtmatigheid| te zijn en van geval tot geval dient onderzocht te worden of er vol-

(125) Zie bv. WERNER, o.c., blz. 3-4; BRINKMANN, o.c., blz. 6 e.v.; ANTONI, a.c., BB, 1962, 1171 (1172); KARP, o.c., blz. 18 e.v.; JORG, o.c., blz. 44; DROSTE K., Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, DB, 1963, 719 (721); RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1031).

(126) Als eerste: SCHULTZ, a.c., JuS, 1963, 89. Vgl. RG, 18 dec. 1931, RGZ, 134, 342 (347); SLAGTER, o.c., blz. 152-153.

(127) HARTMANN, a.c., NJW, 1963, 517; BRINKMANN, o.c., blz. 53; WERNER, o.c., blz. 64-65 onder verwijzing naar de rechtspraak van het Reichsgericht tussen 1939 en 1944.

doende elementen aanwezig zijn om de onrechtmatigheid te begronden.

* Daarna gaat de uiteenzetting verder met een beschrijving der voorwaarden waaraan de vergelijkende reclame moet voldoen om niet onrechtmatig te kunnen geacht worden. Daaronder rekent men juistheid of waarheid, zakelijkheid en volledigheid (127).

Kritiek.

a. Men miskent de economische realiteit.

209. Er dient op gewezen dat er iets fundamenteel verkeerd zit in een optiek waarbij men de consument zijn voorlichting laat verwachten van zijn tegenstrever in het economisch verkeer. Tenslotte staan consument en aanbieder of producent van goederen steeds, zelfs vóór zij onderhandelingen aangaan die leiden kunnen tot een contract van verkoop of huur, in een relatie die niet uit zichzelf de sereniteit en belangeloosheid bezit, nodig voor een degelijke, objectieve voorlichting. Zulke belangeloosheid of onbaatzuchtigheid is vreemd aan de handel, om het even op welk niveau van de distributieladder men zich bevindt (128): ook de kleinhandelaar staat niet onverschillig tegenover de verschillende concurrerende produkten die hij al dan niet in voorraad heeft of ter verkoop aanbiedt. Om een voor de consument nuttige voorlichting te bieden is voldoende kennis, voldoende tijd en een zekere afstand tegenover het eigen winststreven een vereiste. Wanneer de geboden voorlichting vanwege de producent of de handelaar werkelijk nuttig is en voldoende opdat de consument er zou kunnen op steunen, dan is dat eerder toevallig, omdat namelijk het besproken produkt of de dienst in feite meest geschikt is voor de bevrediging van de behoefte waartoe hij wordt aangekocht. Toeval zal het dan ook zijn zo de geboden voorlichting dit feit aan de consument totaal of voldoende duidelijk maakt.

(127) Een beschrijving van deze vereisten volgt infra, sub § 5.

(128) Vgl. Voorz. Kooph. Turnhout, 28 april 1971, R.W., 1971-72, 1069 met noot GOTZEN.

210. Verder dient opgemerkt dat in heel de behandeling te weinig aandacht wordt besteed aan de concrete marktsituatie, waarin men zijn hypothese formuleert. Alhoewel het moeilijk is voortdurend rekening te houden met het onderscheid tussen de media die voor de voorlichting worden ingezet, met de goederensoort waarover en eventueel het niveau van de distributieladder waarop de voorlichting wordt geboden, toch beïnvloeden deze de veralgemeenbaarheid der voorgestelde oplossingen. Bij totale miskenning ervan loopt men het gevaar regels te formuleren die praktisch onbruikbaar zijn.

Om de reclame in de nood aan voorlichting van de consument te laten voorzien, vervormt men haar wezen door overbenadrukken van sommige ondergeschikte eigenschappen of door haar eigenschappen toe te schrijven die haar vreemd zijn. Het wezen der reclame is niet kritiek of vergelijking en evenmin kan men zeggen dat vergelijkende reclame een aansporing zal zijn om over de ter discussie staande goederen na te denken (129).

211. Het wezen der reclame is aanprijzing, overreden - gezien de omvattende betekenis die de term informatie heeft, strijden de andere definities daarmee niet - en met dit wezen moet men allereerst rekening houden, want dit bepaalt de concrete verschijningsvormen der reclame. Miskent men dit, dan veronderstelt men een totale ommekeer in de handelspsychologie en wordt de bewijsvoering onrealistisch. Men mag het wezen der reclame niet verdraaien door voorstellingen

(129) Dit laatste beweert BRINKMANN, o.c., blz. 53-54 en SLAGTER, o.c., blz. 153. Soms wordt in de reclame wel uitdrukkelijk aangespoord om te vergelijken met niet nader genoemde produkten van andere ondernemers. In dit geval dient de aansporing te worden begrepen als een middel om de consument daarvan te doen afzien, daar zij als nutteloos wordt voorgesteld. De aansporing is m.a.w. louter retorisch. Daarover: EICHMANN, o.c., blz. 159 e.v.

impliceren dat zij zou worden gevoerd ten voordele van de verbruiker of uitgaande van een bekommernis om de rationele keuze van de verbruiker. Dit veronderstelt al te veel altruïsme vanwege de adverteerder en laat niet toe te verklaren waarom hij adverteert en daartoe kosten maakt. Een bekommernis om de keuze van de verbruiker kent de adverteerder slechts in zoverre deze keuze hem voordeel bijbrengt en de motieven waarom een verbruiker zijn goederen kiest, interesseren de adverteerder slechts om erop te appelleren, t.t.z. om tegen en niet voor de verbruiker te worden ingezet. Daar het recht inzake reclame grotendeels afgestemd is op de overtuiging in de betrokken kringen van adverteerders, kan men deze opvatting niet voorbijgaan.

212. Ook het doel der reclame mag hierbij aansluitend nog even worden omschreven. Reclame beoogt thans in sterke mate naast verkoopbevordering, het creëren van nieuwe behoeften, merkentrouw en goodwill. Dit zijn factoren die voornamelijk, zo niet uitsluitend de adverteerder ten goede komen. Zulk middel gaat ombuigen naar een adequate verbruikersvoorlichting, waarvan het historisch totaal is vervreemd, omdat steeds slechts voldoende voorlichting wordt gegeven voor zover noodzakelijk voor een efficiënte doelverwezenlijking, is werkelijkheidsvreemd. De eisen in functie daarvan aan de reclame gesteld lopen dus evenzeer het gevaar werkelijkheidsvreemd te zijn. Daartegen zou men kunnen opwerpen dat dit zo zou zijn, daar reclame in de eerste plaats aan de dynamiek van het economisch leven gehoorzaamt, en slechts in tweede orde door het recht wordt beïnvloed. Bovendien is er geen aantoonbaar

(130) "Si tous les regards de la production et du commerce sont fixés sur les consommateurs, ce n'est pas dans le but de rendre des services ou d'assurer l'épanouissement de la personne humaine mais, essentiellement pour développer à tout prix, sur la base des besoins solvables, la production et la vente." Jean MEYNAUD, La défense des consommateurs, blz. 21.

verschil tussen de opvattingen over en de verschijningsvormen der reclame in landen die een systeem van principiële geoorlooftheid en landen die een systeem van principieel verboden vergelijkende reclame kennen (131).

213. Na deze kritiek op het uitgangspunt, volgen hier nog enkele practische bezwaren. Belangrijk is daarbij de vraag naar de kosten die zulke onaanvechtbare vergelijkende reclame gaat meebrengen. Nu reeds wordt er geklaagd dat de prijs van de reclame in sommige producten zeer zwaar op de uiteindelijke verkoopprijs doorweegt. Bovendien is het de verbruiker die deze kosten uiteindelijk mede zal dragen. Voorlichting moet weliswaar betaald worden, doch het is de vraag of de prijs van deze voorlichting niet zeer hoog zal zijn. Naargelang het om al dan niet levensnoodzakelijke goederen gaat, zal de prijs van de reclame in sterkere of mindere mate aan de consument kunnen doorgerekend worden, gezien de invloed der prijselasticiteit. Voor levensnoodzakelijke goederen of goederen die onderling zeer geringe kwaliteitsverschillen uitwijzen, kan men ook de vraag stellen naar het nut der reclame, als men rekening houdt met het weinige dat zij kan bieden, gezien de geringe verschillen tussen de verschillende aanbiedingen en het aanzienlijk ingrijpen van de wetgever op het terrein der levensnoodzakelijke goederen.

214. Ook het risico in processen verwikkeld te raken zal toenemen, aangezien vergelijkingen die hem nadelig zijn bij de betrokken ondernemer zeer hard zullen aankomen en het voeren van een geding meestal goedkoper en efficiënter zal zijn dan een tegencampagne met vergelijkende reclame (132).

(131) Mogelijk vormen de Angelsaksische landen hierop een uitzondering. Zie: B.AUER et alii, Vergleichende Werbung, blz. 30 e.v.

(132) Zie: KOPPELMAN, Vergleichende Werbung als Mittel der Verbraucherinformation, VPK, 1974, nr. 13,5 (6-7) die beweert dat, omdat foutieve informatie door reclame steeds mogelijk is, de beste bescherming voor de informatie der verbruikers door de concurrentie geboden wordt, omdat daardoor foutieve informatie snel zal worden

215. Tot slot weze herhaald dat het niet steeds mogelijk zal blijken vergelijkende reclame te voeren, omwille van de technische moeilijkheden of de onmogelijkheid om efficiënt reclame te maken gezien de schaarste aan of de geringe overtuigingskracht der bekomen gegevens.

b. men miskent een historische realiteit.

216. Het merendeel der middeleeuwse gildenverordeningen bevatten een verbod de eigen waar te loven via een gelijktijdig bekladden van de waar der gildebroeders (133). Tot de 18e eeuw heeft men elke handelspubliciteit als onzedelijk en onchristelijk beschouwd, en zo zij dan toch werd gevoerd, dan achtte men het verwerpelijk naar mededingers te verwijzen door hun waar als inferieur aan de eigen waar voor te stellen (134). Deze diep ingewortelde overtuiging is slechts tijdelijk verstoord door de vrijheids- en gelijkheidsideeën der 19e eeuw.

c. het merendeel der handelaars houdt aan het verbod.

217. De enkele onderzoeken die tot heden gewijd werden aan de houding der handelaars laten niet toe tot een fundamentele omkeer te

.../...rechtgezet. Theoretisch is dit natuurlijk juist, doch slechts een rudimentair inzicht in het concurrentierecht is vereist om te aanvaarden hoe werkelijkheidsvreemd deze stelling is.

(133) BUSSMANN, Die Bezugnahme auf den Mitbewerber in der eigenen Werbung, ZADR, 1935, 841 e.v. met voorbeelden; H. VAN DER LINDEN, Les gildes marchandes dans les Pays-Bas au Moyen Age, Gent, 1896, met voorbeelden. Overigens kan men er aan twijfelen of vergelijkende reclame in de Middeleeuwen wel zin had, gezien de grote kwalitatieve homogeniteit van het aanbod en de vrij grote marktkennis die verbruikers dan nog bezaten. Men zie bv. Le Ménagier de Paris; Traité de Morale et d'Economie domestique, composé vers 1393 par un Bourgeois Parisien, Paris, 1846, 2 delen, die een uitvoerige uiteenzetting geeft over menu's en over de benodigdheden, de prijs ervan, de winkels en markten waar ze gekocht moeten worden (Hfst. II, blz. 108-118 en 123).

(134) Zie bv. D. DEFOE, The complete English Trademan (1726).

besluiten (135). Ook de organisaties van handelaars en nijveraars staan nog onverminderd op dit standpunt: getuige daarvan de houding der Internationale Kamer van Koophandel (136) en der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in Duitsland (137).

Op te merken is ook dat men in Duitsland slechts een grote diversiteit van aan de specifiek betroffen milieus toegeschreven opvattingen krijgt, van het ogenblik dat door rechtsleer en vaktijdschriften het principiële verbod wordt aangevallen, terwijl er zelfs meningsverschil gerezen is omtrent de in aanmerking komende kringen, van wie het behoorlijkheidsgevoel dient te worden nagegaan (138).

218. d. Uiteindelijk is het de rechtspraak die, naar aanleiding van de concrete gevallen die haar worden voorgelegd, zal vaststellen hoe de reclame en de concurrentiestrijd dienen te worden gevoerd. Daarbij is zij gebonden aan de vigerende wetgeving die haar een grotere of kleinere beoordelingsruimte zal laten.

In geen der drie landen is betwist dat de rechter een correctieve taak toekomt bij de vaststelling en de formulering van de normen

(135) GREIFELT, Jahresbericht, DW, 1962, 4; GÜDDE, o.c., blz. 97 e.v. Andere resultaten bekwam men als antwoord op een rondvraag van het tijdschrift DM. Zie: Unsere Werbung ist beschränkt, DM, 1961, nr. 6, 19: waarop commentaar door EICHMANN, o.c., blz. 50 en MARZEN, a.c., ZfhF, 1962, 284 (296). De AGV heeft zich in 1956 uitgesproken voor het toelaten van vergelijkende reclame door het formuleren van een voorstel van een tweede lid bij § 1 UWG. Zie: BORCK, Vergleichende Werbung - Versuch einer Bestandsaufnahme, WRP, 1961, 1 (3). Ook de SPD en de FDP overwogen in 1961 een wijziging van § 1 UWG in deze zin: VOLP, noot onder BGH, 14 juli 1961, NJW, 1961, 1916, Betonzusatzmittel.

(136) Code des pratiques loyales en matière de publicité, Ing.Cons. 1964, 71 (73).

(137) GÜDDE, o.c., blz. 98 met verwijzingen.

(138) Zie SCHRICKER, a.c., AcP, 172 (1972), 203 (221 o.v.); BAUMBACH-HIEFERMEHL, o.c., nr. 66 bij Einl. UWG; SCHRICKER, Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR, 1974, 579 (584).

die de concurrentiestrijd beheersen (139). Bij gebreke van een bestaande norm kan hij steeds zelf een regel formuleren aangepast aan het hem voorgelegde geval. De verschillende positiefrechtelijke regelingen laten hem ook toe ongewenste gebruiken te weren en tegen te gaan door te weigeren deze te sanctionneren en voor het beschouwde geding andere, meer geëigende regels te formuleren (140). Indien de rechtspraak hierbij haar taak zo goed mogelijk wil behartigen, dan dient zij naar aanleiding van elk geval, de verschillende betrokken belangen nauwkeurig tegenover elkaar af te wegen en wordt het ondenkbaar dat zij zich totaal zou heenzetten over de opvattingen van handel en nijverheid, zo het algemeen belang of het belang der consumenten (als relevant afzonderlijk te beschouwen algemeen belang) dit niet strikt vereist. Bij tegenspraak tussen de opvattingen binnen handel en nijverheid zal trouwens mogelijk het algemeen belang doorslaggevend zijn. In de hypothese nochtans dat er binnen de handelsbranche omstreden principes aan te zijn. Het is immers steeds zeer moeilijk om voldoende hem worden voorgelegd, dient de rechter zeer voorzichtig/ feeling op te brengen voor wat er precies in de betrokken milieus leeft en de evolutie in de opvattingen. Bovendien moet men ervan uitgaan dat een controverse over de behoorlijke gebruiken niet door de rechter duurzaam en definitief kan worden opgelost. Als beschikker in een individueel geval is hij daartoe onbekwaam en zelfs de macht van een eensgezinde rechtspraak mag hiervoor niet worden overschat. Al moet men aannemen dat zij kan leiden tot het zich doorzetten van een bepaalde opvatting of minstens tot het doen inzien

(139) Contra: PFEFFER, o.c., blz. 11-12.

(140) GOTZEN, o.c., II, nr. 656-667 met verwijzingen. Vgl. Voorz. Kooph. 17 maart 1966, R.J.B., 1966, 75 (78): "...la répétition d'agissements de même nature, ainsi provoquée, ne pourrait aboutir qu'à l'introduction de mœurs commerciales répréhensibles à la multiplication des procès en concurrence illicite."

van tegenstanders dat handelen volgens andere opvattingen het verliezen van een eventueel geding en een zich schikken naar de rechtspraak zal meebrengen, toch blijft zulke rechtspraak vaak zeer lang voorwerp van strijd. Zij heert bovendien, om zich te kunnen doorzetten, geruime tijd nodig en veronderstelt een voldoende aantal gedingen die karakteristiek zijn, zodat over de controversse kan en moet uitspraak worden gedaan. Bovendien moeten de uitspraken overeenstemmen, van voldoende autoriteit blijk geven in hun motivering en duidelijk de gestelde regel laten herkennen. Veel kan afhangen van het feit of de controversse tot voor de hoogste instantie wordt uitgevochten en of deze een duidelijke uitspraak geeft. De steun van commentatoren of beroepsverenigingen is weliswaar niet noodzakelijk, maar rechtspraak die blijvend wordt aangevallen, houdt bij voldoende gedingen moeilijk stand en geeft aanleiding tot steeds nieuwe gedingen. Uiteindelijk lijdt de rechtszekerheid hieronder en kan de roep om een wetgevend ingrijpen zeer luid gaan klinken en zelfs succes hebben.

219. Een mogelijk nadeel verbonden aan elk der beschouwde rechtssystemen is dat hoe vast een bepaalde rechtspraak ook gevestigd weze, deze nooit bindend is en geen gewoonterecht schept. Immers er ontstaan geen uit eigen kracht naar voor dringende rechtsregels (141). Het afstemmen van deze rechtspraak op een zeer algemene norm als de gute Sitten of de maatschappelijke betamelijkheid verhinderen de vorming van gewoonterecht, omdat deze begrippen in essentie een sterk variabel karakter hebben (142). Daarom is steeds

141) GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 632; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeines Teil, I, § 39, II, 3c; ZEVENBERGEN, Gewoonterecht, blz. 107. Contra: VAN APeldoorn, o.c., blz. 122 e.v. en 101 met kritische opmerking van J.C.M. LEYTEN.

(142) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 51 bij Einl. UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 53; BRINKMANN, o.c., blz. 66; DROSTE K., Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, WRP, 1964, 65 (68); BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c. 11, nr. 60 bij Einl. UWG.

een nieuw onderzoek van de gedragingen en de opvattingen der beroeps-
genoten en van het algemeen belang nodig om een oordeel mogelijk te
maken (143). Dit bewijst echter niet dat daarom de rechtspraak geen
vast uitgangspunt bij de beoordeling zou kunnen innemen; wel noopt
dit tot een voortdurend rekening houden met de mogelijkheid dat de
regel voor elk geval opnieuw moet geformuleerd worden en dat onder
de druk der omstandigheden zelfs een herformuleren van het uitgangs-
punt kan geboden zijn, dat dit uitgangspunt genuanceerd wordt of dat
het verzwakt en van geval tot geval geoordeeld wordt op grond van
ruimere principes dan vroeger het geval was.

Zulke brede ruimte ter beoordeling is echter aan de rechter slechts
gelaten indien de positiefrechtelijke normen waarop hij zijn uit-
spraak steunt, voldoende ruimte bieden om de in concreto te behar-
tigen regel te formuleren. Dit is het geval in Nederland en Duits-
land. In België daartegen geeft art. 20 WHF een vrij algemene, maar
toch zeer omvattende opsomming van oneerlijke en dus verboden recla-
mepraktijken die een codificatie vormen van zeer algemene, door de
vroegere rechtspraak en rechtsleer geformuleerde normen. Ook al
wordt de macht van de rechter tot inachtnaam van de concrete om-
standigheden daardoor niet uitgesloten, (zij leiden tot determinatie

(143) VCLP, Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP, 1961,
135; WENZEL, a.c., NJW, 1962, 81; ANTONI, a.c., BB, 1962, 1171;
BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 57 bij Binl. UWG. Een zeer duide-
lijke uitspraak biedt OLG Frankfurt a.M., 24 mei 1973, BB, 1973,
955, waar het stelt: "Die Beurteilung dessen, was "sittenwidrig" i.S.
des § 1 UWG ist, richtet sich nicht allein nach der Anschauung einer
Mehrzahl der Berufsstandsgenossen oder nach dem, was als "branchen-
üblich" oder "branchenunüblich" zu bezeichnen ist. Dies ergibt sich
daraus, dass das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht allein
die Interessen der kaufmännischen Standesgenossen schützt, sondern
auch die Interessen der Allgemeinheit (vgl. hierzu BAUMBACH-HEFER-
MEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I 10. Aufl. Rdnr. 65
Binl. UWG); dies ergibt sich ferner aus der Tatsache, dass misbräuch-
liche Usungen in der Branche aufgetreten sein können, deren Aner-
kennung sich die Rechtsordnung widersetzen muss (BAUMBACH-HEFERMEHL,

van het toepasselijk recht en kunnen de inhoud van de rechtsnorm concreteriseren) een totale ommekeer van uitgangspunt wordt daardoor onmogelijk gemaakt. De afwijking ervan zal steeds het karakter hebben van een rechtvaardigingsgrond. Dit is in verband met art. 20 WHP zeker zo, omdat dit een recente wet is, die duidelijke richtlijnen biedt en gezien wordt als een codificatie van algemeen aanvaarde regels. Uit het feit dat de WHP ook, volgens de bedoeling van de wetgever, de belangen der verbruikers op het oog heeft gehad, dient men dus te besluiten dat hij heeft gemeend dat het algemeen verbruikersbelang best wordt gediend door een principieel verbod van vergelijkende reclame, verbod dat echter wegens noodzaak (art. 20, 2 WHP) kan worden omgaan. Of zulke noodzaak ten voordele van de voorlichting van de verbruikers kan worden aanvaard, zal verder worden behandeld.

- e. De adverteerder is geen aangewezen persoon tot waarneming van het algemeen belang.

220. Hoger is er reeds herhaaldelijk op gewezen dat altruïsme het economische leven vreemd is en dat de handelaar en de nijveraer steeds uit eigenbelang handelen en daarbij slechts occasioneel, in de mate dat zij er voordeel van verwachten of ertoe gedwongen worden of het toevallig in hun handelen ligt, het algemeen belang

.../... a.a.O. Rdnr. 68 Einl. UWG a.E.). Abzustellen ist daher nicht nur auf die Auffassung der beteiligten Berufsgenossen, sondern auch auf das Urteil des vernünftigen Durchschnittsmenschen, dessen Wertmassstäbe nicht besonders feinfühlig, aber auch nicht besonders grobschlächtig sind (BAUMBACH-HEFERMEHL a.a.O. Rdnr. 63, 65 Einl. UWG; BGH, (8 juli 1955), GRUR, 1955, 541, 542 - Bestattungswerbung; (20 mei 1960), GRUR, 1960, 558, 561 - Eintritt in Kundenbestellung; (13 febr. 1961), GRUR, 1961, 588, 592 - Einpfennig-Süsswaren). (Data door mij L.B. ingevuld).

dienen. Hun motieven zijn dus nooit helemaal zuiver verbruikersgezind (144). Het blijkt bovendien dat het hen uiterst moeilijk, zo niet tegennatuurlijk is (daar strijdig met hun winststreven in het merendeel der gevallen) te handelen in het algemeen belang, zo dit zou strijden of niet helemaal in de lijn liggen van hun eigenbelang. Slechts in de mate waarin zulk handelen in de lijn ligt van zijn eigenbelang, of tenzij hij daartoe gedwongen wordt, zal hij ook met het algemeen belang rekening houden en zijn handelen ernaar richten. En dan nog blijkt dat zulk handelen voor hem niet geheel probleemloos is, wil tenminste het voordeel dat het publiek uit dit handelen kan halen niet onbeduidend of beperkt zijn tot de waarde van het verhandelde produkt alleen. Het belang van het publiek strijdt immers zeer vaak met het eigenbelang van de handelaar of nijveraar of stelt hogere eisen dan voor de behartiging van zijn eigenbelang strikt noodzakelijk is of hindert de nastreving ervan op de meest efficiente manier. Dit verplaatsen van het algemeen belang naar het tweede plan bij de beoordeling van wat behoort te gebeuren bij het handelen in het eigen belang is trouwens niet tot het economische leven beperkt. Ook vertegenwoordigers van

(144) Vgl. Kooph. Brussel, 21 april 1903, J.C.B. 1903, 372: "Les concurrents ne sont pas chargés de veiller aux intérêts des consommateurs..."; De professionele adverteerder geniet trouwens van een niet al te rooskleurig sociaal aanzien: "In een vakblad vond ik eens deze ironiserende omschrijving van de reklame-roeping: "De reklameman is altijd iemand die het vak komt binnenrollen. Zelden kom je mensen tegen die ordentelijk het vak geleerd hebben op de een of andere in aanzien staande school. Zij waren eerst glazenwasser en bij een bureau aan het werk. Zij keken door het raam naar binnen en zagen wat viltstiften liggen en wit papier. Zij kropen naar binnen en tekenden een vrouw in nachtjapon - daaronder schreven zij: Vaders Droom. Toevallig kwam de direkteur van het bureau voorbij, en de ster was geboren. Drie weken later kon hij van zijn maandloon een speedboot kopen, die hij zich al zo lang gewenst had. Geld voor een nieuwe BMW had hij intussen al van de baas geleend." Nic VAN BRUGGEN, Foei, Reklame, Avenue, mei 1972, 1B.
Adde: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., 11, nr. 272 en 307 bij § 1 UWG.

vrije beroepen of van andere beroepen die veelvuldig in contact komen met het publiek en daarbij geacht worden aandacht te schenken aan de specifieke belangen en noden van dit publiek, ontsnappen niet aan deze moeilijkheid. LANGEMEIJER heeft laten opmerken in zijn conclusie voor het arrest van de H.R. 14 dec. 1948 (145) dat journalisten wel een beroep doen op het beroepsgeheim uit journalisteneer, doch dat dezelfde hoge opvatting van hun beroep hen er niet toe leidt de maatschappelijke schaduwkanten van zulk beroepsgeheim te verkleinen door middel van deontologische regels die het gebruik van al te onzuivere bronnen voor hun berichtgeving te verbieden. Hierop formuleert hij een algemene regel die ook ten overstaan van handelaars en nijveraars opgaat: "Ik zie hierin een bevestiging van mijn mening dat ook de vertegenwoordigers van een zeer achtenswaardig beroep niet de meest objectieve beoordelaars zijn van de plichten van het beroep jegens de rechtsorde als geheel." (146)

221. Het lijkt hierom zinvol de adverteerder die zich beroept op een handelen in het algemeen belang, te belasten met het bewijs daarvan en normaal uit te gaan van de hypothese dat zijn handelen slechts zijn eigenbelang diende (147). Wanneer hij er echter in

(145) N.J., 1949, 95, noot B.V.A.R., blz. 180 links. Het geschil liep over een door een journalist opgeëist beroepsgeheim als recht op de geheimhouding van zijn informatiebronnen en een daaruit volgend verschoningsrecht om niet daarover te moeten getuigen (art. 218 Sv.) Zie ook zijn tussenkomst op de 95e vergadering der Nederlandse Juristen-Vereniging, Hand., 1969, III, blz. 25-26.

(146) Vgl. Hof 's Hertogenbosch, 20 juni 1961, N.J., 1962, 344, i.v.m. een verpleegster; Corr. Luik, 21 febr. 1968, J.T., 1968, 205, i.v.m. journalisten.

(147) De Belgische rechtspraak heeft w.b. vergelijkende reclame steeds geweigerd te erkennen dat een vergelijking in die reclame door wetenschappelijke motieven kan zijn geïnspireerd. Zie: ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Weltbewerb, II/1, Belgien, nr. 413 e.v. met verwijzingen.

.../...

slaagt te bewijzen dat het algemeen belang gediend was door zijn nastreving van zijn eigenbelang, zal men daaraan niet kunnen voorbijgaan. De vraag rijst dan in welke mate het algemeen belang de beoordeling van zijn handelen zal helpen determineren.

.../... Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 17 jan. 1972, J.T., 1972, 448 (449), noot L. VAN BUNNEN: "Il convient de remarquer, d'autre part, qu'en dépit du caractère nuisible pour la santé du produit dont il s'agit, il n'existe pas actuellement de mesures en rapport avec sa nocivité (bedoeld is de reclame voor tabak L.B.); c'est donc sur la base des dispositions légales invoquées par la demanderesse que doit être apprécié le fait, par elle dénoncé, que la défenderesse "offre en vente, avec grand renfort de publicité, et vend des cigarettes avec rabais de 5% et plus". Cette remarque permet toutefois de conclure que le comportement de la demanderesse, abstraction faite de la question de sa légalité examinée ci-après, apparaît comme purement égoïste et ne pouvant s'appuyer sur aucune considération d'utilité sociale."

Zie ook de tussenkomst van senator MATHIEU, Parl. Hand., Senaat, 31 maart 1971, blz. 1347 rechts: "Les grandes entreprises de production et de distribution ne sont certes pas des philanthropes et se soucient de l'intérêt général comme un poisson d'une pomme"; seul le plus grand profit les intéresse. Elles doivent vendre le plus possible, mais encore amortir des budgets de publicité engloutissant des investissements énormes."

Verder kan erop worden gewezen dat uit de in Deel I beschreven rechtspraak in de drie landen volgt dat inzake de beoordeling der behartiging van haar maatschappelijke taak door de pers en van de taak der waretestorganisaties, het blijkt dat behartiging van het algemeen belang door privépersonen een ernstige en moeilijke taak is. Het lijkt dus moeilijk denkbaar dat een mededinger die zijn eigenbelang op de eerste plaats moet stellen, vaak zou kunnen slagen waar instanties die institutioneel veel sterker op het algemeen belang gericht zijn, vaak falen. Er weze daarenboven op gewezen dat deze behartiging van het of een belang der algemeenheid hier niet in een neutrale, maar in een op eigenbelang gerichte boodschap zal moeten gebeuren.

§ 5. Onderzoek der vereisten die moeten gesteld worden aan de vergelijkende reclame.

222. Er dient thans te worden nagegaan aan welke vereisten het optreden van de adverteerder door vergelijkende reclame zal moeten voldoen opdat het geacht kan worden het algemeen belang te dienen, waarbij hier op de voorgrond staat het belang dat verbruikers hebben bij voorlichting die hun aankoopbeslissingen vergemakkelijkt. Tevens worden bij de behandeling van deze vereisten het standpunt der verschillende voorstanders van de principiële toelaatbaarheid der vergelijkende reclame besproken. Laten wij dus voorlopig de ~~aanring~~ der economen en de ~~verschillende andere~~ opgeworpen ~~aanring~~en, buiten beschouwing en onderzoeken wij de vereisten gesteld aan de concrete formulering van alle vergelijkende reclame. Hierbij blijven niet werkelijkheidsgetrouwe vereisten buiten beschouwing (148).

a. Waarheid of juistheid.

223. Indien men in verband met reclame van waarheid spreekt dan dient men voor ogen te houden dat reclame niet zozeer een logische aangelegenheid is, maar voor zijn inhoud afstemt op de feitelijke

(148) Aldus de eis van harmonie, die steunend op de belangrijke maatschappelijke rol der reclame, eist dat de reclame tot de harmonisering van het menselijk samenleven in maatschappelijk, economisch en politiek opzicht zou bijdragen. "Die Werbung soll und muss zu einem Ausgleich von Spannungen beitragen und je mehr sie das in ihren einzelnen Erscheinungsformen tut, umso tiefer wird ihre Wirkung sein." HUNDHAUSEN C., o.c., blz. 103; KOHLER Josef, Der unlautere Wettbewerb, blz. 135. Verder kunnen ook buiten beschouwing blijven die eisen die een formulering zijn van het uitgangspunt der wetgeving, aldus de "Grundsatz des ritterlichen Wettbewerbs" en de "Grundsatz der Achtung des sittlichen Empfindens": zie HUNDHAUSEN C., o.c., blz. 102-103. Zie ook hierboven, blz. 448.

redeneringswijze van het aangesproken publiek. Welnu de meeste mensen redeneren niet logisch, maar emotioneel (149). Zij redeneren daarbij deductief of inductief, doch meestal zonder doorgedreven consequentie. Voor een groot gedeelte is reclame dan ook afgestemd op emotioneel denken: dit bewijzen de advertentiewet dat men het consumentenpubliek als menselijke individuen moet beschouwen en niet als statistische gegevens (150) en het feit dat men vooral de duidelijkheid en de directheid van het appél op een koopmotief benadrukt als grondslag voor succesvol adverteren (151). Bij emotioneel denken is het hoofdcriterium voor de waarheid de overtuiging dat het oordeel overeenstemt met de objectieve ontmoetingsterm der kennis (152) en het is deze overtuiging die bepalend is voor de wijze van redeneren. Dit redeneren is afgestemd op overreding. Indien een dialoog tot stand komt dan wordt niet zozeer beoogd via het geven van inzicht en van een logisch sluitend betoog de tegenspeler te overreden, hem de redenering te laten bijtreden. Overreding om de overreding, zoals verondersteld wordt in elke belangloze discussie, is geen doelstelling, zodat logisch redeneren geen noodzaak is. Voor de reclame is het doel der overreding bewust gedrag waaruit zeker economisch voordeel volgt voor de adverteerder en waarbij hij de aangesprokene tracht te overtuigen

(149) GREIFEIT, a.c., WRP, 1962, 143 (144); Vgl. BOMANS Godfried, Notenkraaken, blz. 151-152.

(150) HEPNER H.W., o.c., blz. 54 e.v.

(151) HEPNER H.W., o.c., blz. 208 e.v.; COPELAND M.T., o.c., blz. 287-288; CAMPBELL p., Consumer Representation in the New Deal, blz. 127; STUART CHASE en SCHLINK F.J., o.c., blz. 9.

(152) In rechte is de subjectieve overtuiging van de adverteerder nochtans irrelevant: RG, 15 jan. 1932, RGZ, 135, 38 (42-43); WENZEL, Kritische Werbevergleiche im Blick der neueren Rechtsentwicklung, GRUR, 1969, 522 (529).

van de economische noodzaak te handelen zoals hen wordt voorgesteld. De weg die daartoe wordt gevolgd in de redenering is opgebouwd volgens een logique vécue: in functie van het appel aan een koopmotief is een taal en een logica opgebouwd. Deze steunen op psychologisch, sociologisch en economisch onderzoek (153). Er is zelfs beweerd dat reclame onmogelijk wordt zo men voortdurend de preciese zin van haar uitingen zou nagaan, omdat dit de fantasie, de scheppende vormgeving en de oorspronkelijkheid zou doden (154). De factoren hierbij opgesomd staan in nauw verband met de emotionaliteit van het denken in de reclame. En het is vanuit het gegeven zijn van deze emotionaliteit dat nu opnieuw de aard der gegeven informatie moet gepreciseerd worden. Wat allereerst opvalt is dat deze informatie totaal bepaald wordt door het doel waarvoor ze gegeven wordt: vandaar dat men beweerd heeft dat bepaalde gegevens door de adverteerder nooit kunnen of zullen voorgehouden worden (155), of zelfs dat waarheid der reclame een declamatorisch postulaat is (156). Wat totaal onbegrijpelijk lijkt is dat haar

(153) HEPNER H.W., o.c., blz. 223 e.v. met het mooie voorbeeld blz. 230: What is it...

that's more interesting than "love nests"?
 that's more interesting than yesterday's game ?
 that's more interesting than war ?
 that's more interesting than bathing beauties?
 that's more interesting than murder ?

Answer

The weather ! Yes, the weather report is, day in and day out, more interesting to newspaper readers than any of these things.
How do we know ? By a scientific study, conducted by our own Copy Research Department, to determine the reading habits of the public.

(154) SCHMID, o.c., blz. 69-70.

(155) Bv. van zichzelf kwaad zeggen: KARP, o.c., blz. 162.

(156) MARZEN, a.e., ZfhF, 1962, 284 (285).

efficiëntie, maar ook haar waarheid kan beïnvloed worden door de informatie door andere adverteerders verstrekt: "Nu het publiek zelf nauwelijks tot een vergelijkend warenonderzoek in staat is, moet de waarheid in de reclame door het toelaten van tegenreclame bevorderd worden." (157)

Uit het voorgaande blijkt dat reclame die vanuit een eigen belangen-gericht denken ontstaat (158), gedeeltelijk een eigen waarheid huldigt. ~~De vraag is echter of die eigen waarheid of het voor haar efficiëntie nodige materiële waarheidsgehalte, wel overeenstemt met de vereisten van waarheid of juistheid die een goede consumentenveroorlichting stelt.~~

224. Gaat men de uitspraken na der voorstanders van een principiële toelaatbaarheid van vergelijkende reclame, dan blijkt dat dezen of wel zo weinig ofwel zo overdreven idealiserend met de concrete mogelijkheden der reclamemediā en het normaal gedrag der adverteerders rekening houden, dat men zich kan afvragen of de voorgestelde criteria in hun strengheid wel realistisch zijn, ofwel of ze in hun laksheid wel enige nuttige voorlichting aan de consument als resultaat kunnen bieden. Een veelgekozen oplossing is immers een strenge waarheidseis voorop te stellen en zo daaraan is voldaan alle vergelijkende reclame goed te heten die de verbruiker op één of andere manier kan vergemakkelijken bij zijn keuze (159). Hierbij vergeet

(157) SLAGTER, o.c., blz. 153; Vgl. BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (373); HENNEKENS, a.c., Ars Aequi, XV, 1966, 1 (8).

(158) Vgl. BISHOP, The ethics of advertising, blz. 87: "advertising is not unethical because it is biased, nor necessarily dangerous because of the information it gives may be partial and highly coloured.- The ethical standard of advertising must be an utilitarian, not an ideal one." De emotionele of rationele benadering van de adverteerder hangt af van de eisen van de communicatie van de reclameboodschap: VAN BAARLE en ZEYLSTRA, o.c., blz. 103 e.v.

(159) SCHRICKER, a.c., AcP, 172 (1972), 203 (228 e.v.); WERNER, o.c., blz. 70 e.v.; SLAGTER, o.c., blz. 149 e.v.

men echter dat voorlichting van de verbruiker geen doel op zich is, terwijl ook het volledig of gedeeltelijk loslaten van de eis van volledigheid het nut der voorlichting uitholt. Zulke reclame zal, → gezien de zeer strange waarheidseis, meestal zeer kort gehouden worden omwille van het feit dat elke bewering ~~controleerbaar~~ dient te zijn. ~~Hier blijft dus zeer de vraag of de adverteerders in staat zijn een onaanvechtbare en voor de consument nuttige vergelijking~~ (160), gezien de eigen aard der waarheid in de reclame en haar doelstellingen die vaak slechts een minimum aan werkelijk nuttige informatie aan de verbruiker vereisen.

Indien men vergelijkende reclame toelaat onder streng voorwaarden van waarheid (en zakelijkheid), dan moet men tevens aanvaarden dat door verloop van tijd alleen, de gevoerde reclame onjuist kan worden, doordat veranderingen in de relevante gegevens zijn opgetreden (161). *Daardoor echter bemoeilijkt men de adverteerder zeer in zijn activiteiten: hij wordt gedwongen voortdurend rekening te houden daarmee en zal nooit lang tevoren omvangrijke reclamecampagnes kunnen op punt stellen. *Bovendien bestaat al naargelang de media die voor de reclamecampagne werden ingezet, toch nog misleidingsgevaar voor de verbruiker: in zoverre deze namelijk, om welke redenen dan ook, zou blijven kennis nemen van vroegere reclame die door de feiten achterhaald werd. Dit laatste kan nooit geheel worden uitgesloten en zou onder een regime van principiële en verregaande toelaatbaarheid van vergelijkende reclame wel eens een voortdurende oorzaak van procedures kunnen zijn. Gezien de zwakke mogelijk-

(160) BOHRER, Freiheit für vergleichende Werbung, MA, 1956, 345; LEO, Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP, 1960, 290 (296); RUNGE, a.c., NJW, 1961, 1757.

(161) SCHRICKER, a.c. AcP, 172 (1972), 203 (203 (231); BICHMANN, o.c., blz. 101 e.v.

heden tot bevoeligen ertegen zou dit een blijvende reden van terug-
houdendheid tegen vergelijkend adverteren kunnen worden.

225. De houding der rechtspraak tegenover de waarheidscis in de re-
 clame verschilt in elk der onderzochte landen.

In België is het belang van de waarheid van het beweerde voor de
 vergelijkende reclame in strikte zin (namelijk een gelijkstelling
 of hogerstelling waarbij één of meerdere andere handelaars duide-
 lijk herkenbaar betroffen zijn) van zeer ondergeschikt belang ge-
 worden. Reeds onder het regime van het K.B. nr. 55 van 23 december
 1934 werd de verwijzing naar een concurrent voor ongeoorloofd ge-
 houden, ook al was het beweerde waar en al bevatte art. 2 geen expli-
ciet verbod van bekendmaking van ware gegevens over de mededingers
 (162). ~~De~~ waarheid van een bewering in de reclame heeft geen enkel
~~belang meer~~, zodra één of meerdere andere ondernemers of hun beroeps-
 organisatie herkenbaar betroffen zijn en geen rechtvaardiging in de
 noorzaak der verwijzing kan worden gevonden (163). Het waarheids-

(162) Zie bv. Voorz. Kooph. Brussel, 31 jan. 1957, J.C.B., 1957,
 80; en 14 mei 1966, RGAR, 1967, 7756. Ook de rechtspraak vóór
 1934 achtte dit zo: ULMER-SCHRICKE, Unlauterer Wettbewerb, II/1,
 Belgien, blz. 359 e.v. met uitvoerige verwijzingen.

(163) FREDERICQ, Droit commercial, II, blz. 163: "Le commerçant a
 le droit qu'on ne parle pas de lui, même pour dire la vérité". Ver-
 scheidene vonnissen nemen deze slagzin over, die bij FREDERICQ
 slechts dient om de rechtspraak te karakteriseren: Voorz. Kooph.
 Brussel, 31 jan. 1957, J.C.B., 1957, 80 (87); Voorz. Kooph. Brus-
 sel, 14 mei 1966, RGAR, 1967, 7756. Schijnbaar contra: Kooph. Brus-
 sel, 28 maart 1929, J.C.B., 1929, 109: "L'on ne peut voir une fau-
 te dans le fait du commerçant qui fait connaître au public les
 avantages particuliers que ses produits ou procédés possèdent sur
 ceux de la concurrence, lorsque ses allégations correspondent à la
 réalité (aldus ook RPDB, Concurrence illicite, nr. 252 en Kooph.
 Brussel, 20 maart 1950, J.C.B., 1951, 85). Deze overweging heeft
 echter in geen van beide gevallen geleid tot een oplossing van het
 geschil die anders zou zijn geweest ware de traditionele mening
 gevolgd. Verder merkt het eerste vonnis op: "Attendu que cette
 solution, ..., est la plus conforme aux intérêts du consommateur;
 Qu'elle ne porte atteinte aux intérêts du concurrent qui se dit
 lésé que dans la mesure où ce dernier a induit lui-même le consomma-
 teur en erreur, sur les qualités de ses produits, en faisant ou en
 laissant espérer des résultats qu'il n'est pas à même d'obtenir;"
 (blz. 112-113).

bewijs wordt niet toegelaten (164). Ook de wetenschappelijkheid en de juistheid der onderzoeksmethodes om tot de ware reclame te komen zijn irrelevant (165). Deze trend is thans uitdrukkelijk bevestigd geworden door art. 20,2 WHP dat elke verwijzing verbiedt die de mogelijkheid inhoudt, zonder noodzaak één of meer andere handelaars te herkennen. Wanneer de noodzaak wordt erkend, omdat alleen de vergelijking of de verwijzing toelaat op een begrijpelijke wijze zich tot de mogelijke afnemer te richten of een vergelijking niet kan vermeden worden, dan volgt in de loop van het onderzoek naar de concrete wijze waarop dit gebeurde, ook een onderzoek naar de juistheid van het beweerde. De onjuistheid kan alsdan de enige en doorslaggevende reden zijn om de in principe rechtmatig geachte verwijzing toch onrechtmatig te achten (166). De aangelegde beoordelingsnorm is streng: elke vertekening, elke afwijking van de werkelijkheid volstaat voor de onrechtmatigheid, zo blijkt dat de adverteerder de weg van het strikt noodzakelijke voor de objectieve bekendmaking van het eigen aanbod verliet en

(164) MOREAU, o.c., nr. 210; COPPIETERS DE GIBSON, o.c., nr. 317; FREDERICQ, Droit commercial, II, blz. 163; Brussel, 23 nov. 1953 en Voorz. Kooph. Brussel, 31 dec. 1952, J.C.B., 1954, 19; Kooph. Brussel, 31 okt. 1957, bev. Brussel, 6 dec. 1958, Ing. Cons., 1959, 377; Kooph. Brussel, 16 mei 1963, Ing. Cons., 1963, 209; en 11 april 1963, 385; Voorz. Kooph. Brussel, 17 maart 1966, J.C.B., 1966, 75.

(165) Brussel, 23 nov. 1953, J.C.B., 1954, 19.

(166) Vgl. GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1040: "De oorsprong van de ingeroepen noodwendigheid (het formuleren van een begrijpelijke offerte) bepaalt echter tevens haar grenzen. Geen aandikken van de gebreken der concurrentie, wanneer koele vermelding der bestaande verschillen met belichting van de eigen hoedanigheden volstaat. Geen onwaarheden of zelfs maar onbewezen veralgemeningen of verdachtmakingen, die niet als ernstige informatie kunnen worden beschouwd. Geen wijze van voorstellen, die tot verwarring nopens de industriële of commerciële oorsprong der goederen of diensten kan leiden."; Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1969, J.C.B., 1969, 340 (343), noot A. DE CALUWE.

door/overbelichten/van de eigen of/onderbelichting/van de ter vergelijking aangetrokken goederen de vergelijking scheef trok (167). M.a.w. zo uit de gemaakte vergelijking op enige wijze blijkt dat de vergelijkende adverteerder niet de feiten voor zichzelf liet spreken, doch deze feiten wat te zijnen gunste/bijwerkte, op om het even welke wijze, dan is hij tekort geschoten aan het waarheidsvereiste en wordt de door hem gevoerde handelspubliciteit onrechtmatig door onwaarheid of onjuistheid.

Spreekt de adverteerder slechts over de eigen economische prestaties dan geldt een veel zwakkere waarheidseis: zolang het duidelijk is dat hij niet op zijn woord moet genomen worden, is elke overdrijving hem toegestaan (168). Daarbij veronderstelt de rechtspraak dat het publiek vrij nuchter is aangelegd en tamelijk sceptisch staat tegenover het beweerde. Indien echter op preciese feiten wordt geroemd dan dienen deze met de werkelijkheid te stroken, zoniet wordt de uiting onrechtmatig geacht.

De Belgische rechtspraak springt dus over van een strenge materiële waarheidseis, naar een vereiste dat veel meer op de eigen waarheid van de reclame is afgestemd, al naargelang het om een bewering gaat in verband waarmee andere ondernemers worden genoemd of een preciese bewering over het eigen aanbod, dan wel zo het gaat om het steken van de loftrompet op de eigen prestaties alleen. ~~Correlair~~ hier-
~~mee~~ loopt een onderscheid in het oordeelsvermogen van het publiek: waar dit preciese gegevens krijgt of gegevens die een vergelijking inhouden, wordt het publiek geacht een groter vertrouwen te schenken

(167) Vgl. GOIZEN, citaat in vorige noot. Kooph. Brussel, 26 febr. 1969, J.C.B., 1969, 340.

(168) Sommige rechtspraak en rechtsleer is hier nochtans tegen gekant en stelt een absolute waarheidseis: Voors. Kooph. Brussel, 21 jan. 1970, J.C.B., 1970, 245 en de verwijzingen; DE CALUWE-DELCORDE-LEURQUIN, o.c., I, blz. 309. Contra: Parl. Besch., Senaat, nr. 415, 1968-69, 16; BALLON, noot onder Voors. Kooph. Brussel, 3 sept. 1974, J.C.B., 1974, 501 (513-514), Capi A 28.

aan de reclame.

In Duitsland is de waarheidseis neergelegd in § 3 UWG dat verbiedt waren op een misleidende wijze aan te prijzen en in § 14 UWG dat verbiedt economische kritiek uit te oefenen waarvan de waarheid niet kan bewezen worden. Ook § 824 BGB stelt de eis van waarheid aan de Kreditgefährdung. § 14 UWG en § 824 BGB beperken zich tot feitenmededelingen en kunnen op waardeoordelen niet toegepast worden, § 3 UWG is op beide evenzeer toepasselijk. Daar de reclame de bescherming der meningsuitingsvrijheid niet geniet (169), terwijl men ook vanuit haar wezen en doel moeilijk kan besluiten tot een verkondigen van meningen in de reclame, dient elke reclame tot feiten en waardeoordelen teruggebracht te worden en steeds waar of juist te zijn. De waarheid of de juistheid wordt beoordeeld op grond van de indruk die bij het publiek door de reclame wordt gewekt, bij diegenen tot wie de reclame zich richt (170). In functie daarvan moet het reclamebericht zowel naar zijn inhoud als naar zijn vormgeving beschouwd worden (171). Zo een beroep op § 1 UWG wordt gedaan, dan heeft de rechtspraak, telkens wanneer de concrete toestand waarin de vergelijking werd doorgevoerd, werd ingeroepen om de overeenstemming met de gute Sitten te begronden, geëist dat de in het raam hiervan gedane uitingen met de werkelijkheid zouden overeenstemmen. Om rechtmatig te kunnen zijn is vereist dat de adverteerder een zekere discipline aan de dag legde in zijn

(169) Waarbij meningen in technische, beperkte zin wordt verstaan. Anders: EICHMANN, Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbepraxis, GRUR, 1964, 57 (60) en o.c., blz. 69 beide met verwijzingen naar de voorstanders van de hier gehuldigde opvatting.

(170) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 413 met talrijke verwijzingen; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 19 bij § 1 UWG; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c. 11, nr. 5 bij overzicht voor § 3 UWG.

(171) Er mag geen valse indruk gewekt worden door vertekeningen of weglatingen: BGH, 13 nov. 1951, GRUR, 1952, 416 (418), Dauerdose; BGH, 28 febr. 1956, GRUR, 1958, 485 (486), Odol; BGH, 14 juli 1961, NJW, 1961, 1916, noot VOLP, Betonzusatzmittel.

reclame, hij dient rekening te houden met de belangen van de ter vergelijking aangegrepen tegenstanders en van het publiek (172). Dezen hebben een recht op juiste gegevens.

In Duitsland blijkt dus de onjuistheid van de reclame op zichzelf voldoende om gelijk welke reclame onrechtmatig te maken, zonder onderscheid of het om de eigen prestaties alleen dan om de prestaties van anderen gaat. De graad van onjuistheid speelt daarbij een zeer geringe rol, zodat van de adverteerder grote zorgvuldigheid wordt verwacht.

Is de reclame juist en zijn mededingers herkenbaar betroffen door de vergelijking dan is de gevoerde reclame niet ipso facto rechtmatig. Principieel is vergelijkende reclame in Duitsland verboden, doch zoals verder zal blijken is de rechtspraak er vrij breed in het aanvaarden van uitzonderingen op dit verbod.

Daar in Nederland geen bijzondere wetgeving over de oneerlijke mededinging bestaat (173), gelden op dit terrein de gewone regels der onrechtmatige daad, in de interpretatie door de rechtspraak en rechtsleer eraan gegeven. De uiteenzetting, gedaan ter gelegenheid der behandeling van het vergelijkend warenonderzoek wordt daarom niet herhaald, doch slechts aangevuld met enkele bijzondere opmerkingen.

Ook voor het sociaal-economisch verkeer geldt dus evenzeer dat ter bepaling van de onrechtmatigheid van uitingen de waarheid of onwaarheid niet als zelfstandig criterium geldt, hoewel daaraan wat betreft de onwaarheid ernstige twijfel kan bestaan. De rechtsleer is inderdaad unaniem de mening toegedaan dat onware of onjuiste mededelingen in de concurrentiestrijd daarom onrechtmatig

(172) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 445 en de verwijzingen aldaar.

(173) Het zelden toegepaste art. 328 bis Sw. niet te na gesproken.

zijn (174), doch de rechtspraak is verdeeld nopens dit punt (175) en men dient eruit te besluiten dat zij de onwaarheid of onjuistheid niet als zelfstandig criterium erkent (176).

De waarheid van de mededeling in de reclame wordt echter door niemand als enig bepalend criterium voor de vereiste zorgvuldigheid aanvaard. Nochtans zijn de meningen ook hier zeer sterk verdeeld over de rol welke de waarheid dan wel moet worden toegekend. Sommige auteurs (177) opteren voor een fundamenteel verbod van kritisch vergelijkende reclame, zodat de waarheid of onwaarheid van de inhoud irrelevant wordt. Anderen (178) achten vergelijkende reclame principieel rechtmatig, doch deze rechtmatigheid kan mede teniet gedaan worden zo de reclame onjuist is. De rechtspraak is evenzeer verdeeld (179), doch stemt haar oordeel meestal af op het concrete

(174) DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 153; VOETELINK, o.c., blz. 108; SLAGTER, o.c., blz. 130 en 133; PFEFFER, o.c., blz. 12.

(175) Zie: H.R., 22 nov. 1934, N.J., 1935, 529, noot E.M.M., Ochtendvoer, waar de waarheid of onwaarheid irrelevant wordt geacht, omdat vergelijken op zichzelf volstaat; H.R., 13 maart 1941, N.J., 1941, 660, noot P.S., Felix Kattenbrood, waar gezegd wordt dat onware schadelijke mededelingen, "nagenoeg altijd in strijd zijn" met de vereiste zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt; Rb. Amsterdam, 18 dec. 1931, N.J., 1933, 424, vergelijken-de kritische reclame is op zichzelf onrechtmatig. Duidelijk in de zin der rechtsleer: H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, noot Ph. A.N.H. en H.R., 9 juni 1961, N.J., 1961, 436, Monti-bouwstenen.

(176) Aldus ook: KAKEBEEK-VAN DER PUT, o.c., blz. 17.

(177) PFEFFER, o.c., blz. 301 e.v.; BERKHOUWER, o.c., blz. 74 e.v.; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 153; HOUWING, a.c., Geschriften van Houwing, blz. 215 (217); DE GROOTH, a.c., N.V., XXXI (1953), 1 (3).

(178) SLAGTER, o.c., blz. 149 e.v.; BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (388).

(179) Zie hiervoor noot 175 .

geval (180) en daarbij wordt , naast andere omstandigheden, op de waarheid of de juistheid van het beweerde zeer sterk acht gegeven. Inzake mededelingen over de eigen waar stemt het Nederlandse met het Belgische recht overeen, zodat de aldaar geformuleerde conclusie ook hier opgaat (181).

Zowel uit de opvattingen der voorstanders van een opheffing van het principieel verbod van vergelijkende reclame, als uit de houding der rechtspraak blijkt, dat men op grond van de concrete omstandigheden en de in aanmerking komende rechtsregels, de reclame op grond van verschillende waarheidsnormen beoordeelt, zodat een eenvormige vaste waarheidsgrondslag niet kan worden gevonden (182). Hetzelfde blijkt het geval te zijn voor de volledigheidseis en de eis van zakelijkheid, die nauw met de waarheidseis samenhangen. Het blijkt namelijk dat men ook wat betreft de "gehele" waarheid en de manier van verwoording zeer uiteenlopende eisen stelt en meningen huldigt.

b. Volledigheid.

226. "Niets dan de waarheid" verschilt echter heel wat van de "gehele waarheid" en bepaalt minstens evenzeer de waarde der gegeven informatie (183). De volledigheid kan dan nog in twee betekenissen

(180) H.R., 28 nov. 1941, W., 1942, 190, NSB-Pesie; H.R., 24 dec. 1937, N.J., 1938, 601, noot E.M.M., Solubarb, i.v.m. een prijsvergelijking; H.R., 13 maart 1941. N.J., 1941, 660, noot P.S. Felix Kattenbrood: "... indien ze waar zijn, de al dan niet onrechtmatigheid van de omstandigheden van het geval zal afhangen."

(181) Zie bv. Hof 's Hertogenbosch, 8 aug. 1944, N.J., 1946, 672; Op de fundamentele eis van waarheid in de reclame bestaat een uitzondering voor de aanprijzing der eigen waar.

(182) Anders in Duitsland, waar steeds een strenge waarheidseis wordt geponeerd, ongeacht de betroffenheid.

(183) M.a.w. de eis van volledigheid vloeit logisch voort uit de waarheidseis. Vgl. COLES J.V., o.c., blz. 52; EICHMANN, o.c., blz. 109. De economische vakliteratuur vermeldt deze eis nochtans niet: zie bv. HUNDHAUSEN C., o.c., blz. 101-104.

worden opgevat: namelijk dat het oordeel volledig weze in de zin dat het alle karakteristieken van het te beoordelen object omvat ofwel volledigheid van datgene wat in feite wordt verteld, binnen datgene wat men wenst te zeggen. Deze laatste vorm van volledigheid ligt in de waarheidseis besloten. Blijft dus over de vraag of reclame een volledig oordeel over het wezen van de besproken produkten dient uit te spreken.

De standpunten hierover lopen uiteen, gaande van het niet eisen van volledigheid (184), van volledigheid in die zin, dat de doorgevoerde vergelijking, vanuit het standpunt van waaruit zij wordt doorgevoerd, volledig of ten minste niet misleidend wordt weergegeven (185), of volledigheid onder het voorbehoud dat men van de eigen prestaties geen kwaad kan zeggen (186). Tegenstanders van de opheffing van een principieel verbod van vergelijkende reclame leggen er de nadruk op dat slechts totale volledigheid de marktdoorzichtigheid zou bevorderen en dat deze onbereikbaar is (187). Sommige voorstanders van de opheffing eisen echter ook totale volledigheid.

(184) ANTONI, a.o., BBD, 1962, 1171 (1174); BRINKMANN, o.o., blz. 57.

(185) Partiële volledigheid dus. Vgl. BGH, 26 april 1957, GRUR, 1957, 491, Wellaform, totale volledigheid is het wezen der reclame vreemd en ondermijnt haar appeal; BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt: vergelijkende reclame is toelaatbaar zo zij alle voor de verbruikersvoorlichting doorslaggevende omstandigheden volledig mededeelt (in het arrest is deze passus echter een louter bijkomstig argument). WERNER, o.o., blz. 69 e.v., JORG, o.o., blz. 71-72 met verwijzing naar de spreuk Ultra posse nemo obligatur; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.o., 11, nr. 7 bij overzicht vóór § 3 UWG, nr. 47 bij § 3 UWG; nr. 329 bij § 1 UWG.

(186) WERNER, o.o., blz. 69-70; voor een Systemvergleich: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.o., nr. 46 bij § 1 UWG; KARP, o.o., blz. 162.

(187) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.o., nr. 29 bij § 1 UWG; KRIEGER, Ist die vergleichende Werbung zulässig?, BB, 1962, 240; SPENGLER, Die vergleichende Werbung als Problem des Wettbewerbsrechts, DW, 1960, 75 (83); GREIFELT, a.o., WRP, 1962, 143; DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, Kort begrip, nr. 5.464.

heid (188). Hoe grondig deze stellingen ook mogen zijn geargumenteerd, zij overtuigen niet. Er wordt inderdaad gesteund op de zwakke basis dat elke vergroting der marktdoorzichtigheid een positieve waardering verdient. Zo gauw op een niet tot misleiding of verwarring aanleiding gevende wijze informatie wordt verstrekt, is dit goed te heten en daarom zou een principieel verbod niet mogen bestaan. Volledigheid dient daarbij slechts te worden nagestreefd in de mate dat zij een positieve aanprijzing mogelijk maakt en niet tot onjuistheden aanleiding geeft, met dien verstande dat men van de adverteerder niet mag verwachten dat hij de nadelen van het eigen produkt adverteert. Indien de klanten dus slechts een partiëel beeld krijgen, dan misleidt dit hen toch niet, daar het publiek weet dat de reclame subjectief geleverd is en de concurrent de fouten die werden verzwegen in het licht kan stellen (189). Dit houdt volgens de voorstanders der principiële toelaatbaarheid geenszins een misleiding in zich. Beweerd wordt dat het argument der onvolledigheid, gekoppeld aan het feit dat deze door de adverteerder is gekend en gewild, slechts in individuele gevallen en zo bijkomende omstandigheden dit wettigen, toelaat de gedragingen van de adverteerder ongeoorloofd te verklaren (190).

(188) SLAGTER, Preadvies, blz. 145; HENNEKENS, a.c., Ars Aequi, XV, 1966, 1 (5); VOLP, Vergleichende Werbung - erlaubt oder verboten? GRUR, 1962, 178 (184).

(189) GUDDE, o.c., blz. 72.

(190) VOLP, a.c., WRP, 1960, 197 (202); LEO, a.c., WRP, 1960, 293 (294) SCHWAMMBERGER, a.c., NJW, 1961, 1185 (1188); WENZEL, a.c., NJW, 1962, 81 e.v.. Voor een voorbeeld, zie: Nederlandse Code voor het Reclamewezen, 4 oktober 1974, N.J., 1975, 24, noot P.Z. waar wordt gesteld: "Waar in advertenties over prijzen, afbetalingen of kortingen wordt gesproken, dient een zo groot mogelijke volledigheid te worden betracht. Aan de consument dient informatie te worden verschaft omtrent alle bedragen welke i.v.m. het geadverteerde goed voor hem van belang kunnen zijn. In het onderhavige geval van de advertentie allerminst "zo helder mogelijk,..."

Maar ook de auteurs die totale volledigheid eisen van de vergelijking, kunnen niet gevolgd worden omdat zij de werkelijkheid van het fenomeen reclame miskennen.

227. De filosofische of materiële waarheid vereist geen volledigheid in de hier besproken zin; ons bestaan is immers standpuntelijk gebonden en dit beïnvloedt onze benadering der dingen, het proces waarin wij waarheid ontsluieren in onze benadering der dingen. Daar het aantal standpunten die kunnen worden ingenomen, principieel onbeperkt is, is de waarheid nooit af en is de filosofie evenmin ooit af. In die zin is volledigheid onmogelijk. Maar dit belet niet dat in deze standpuntelijke benadering er waarheid wordt uitgesproken. Zolang echter alle mogelijke benaderingen, tegenover het besprokene niet zijn ingenomen, is de benadering onvolledig. Zulke volledigheid kan echter nooit worden bereikt en ze vorderen van reclame zou dus illusoir zijn en elke reclame onmogelijk maken.

228. Reclame is volledig en waar zo geen enkel voor een rationele aankoop belangrijk element, dat het gepromoveerde of ter vergelijking gebruikt produkt qualificeert, wordt verzwegen of verkeerd voorgesteld, of, toegepast in functie van de belangen der mededingers, voldoet elke vergelijking aan het volledighedsprincipe, indien de beweerde en bestaande voorsprong niet door een verzwegen, wezenlijk nadeel van de eigen handelsprestaties wordt teniet gedaan. Omgekeerd mag een gekritiseerd en bestaand gebrek van de prestaties der concurrenten niet door een belangrijk voordeel worden gecompenseerd (191).

(191) GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1040; EGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt; BERGMANN, o.c., blz. 70. Eigenaardig is de opvatting van KARP, o.c., blz. 162 die stelt dat zo men waarheid eist, men ook volledigheid moet eisen, doch dat de adverteerder van de eigen produkten geen kwaad zal zeggen. Is de vergelijking dan nog waar en nuttig voor de consument?

Precies omwille van het feit dat men waarheid en volledigheid in deze zin voor onmogelijk hield (172), of naar aanleiding van het feit dat in het onderzochte geschil tegen deze eis was gezondigd (193), heeft men vaak een principieel verbod voor de vergelijkende reclame verdedigd. Dit omwille van het eruit volgende gevaar voor misleiding van het koperspubliek, daar essentiële gegevens over het concurrerende produkt of het eigen produkt werden verzwegen, zodat uiteindelijk het als minder goed voorgestelde produkt beter bleek dan dat van de adverteerder en ook omwille van het feit dat de aangegrepen concurrenten niet behoren te dulden dat over hun prestaties niet in dezelfde voorwaarden wordt bericht als over die van de adverteerder, zodat hun werkelijke prestaties en de waarde daarvan voor het publiek niet worden bekend gemaakt.

229. Ook zuiver economisch gesproken is de onmogelijkheid van volledige marktdoorzichtigheid aangetoond, daar deze slechts kan doorgevoerd worden op een markt die beantwoordt aan het theoretisch model der perfecte concurrentie en het volledig overzicht en de perfecte kennis van alle factoren die het aanbod bepalen een verlamrende werking zou hebben op elke economische activiteit en elke concurrentie tussen ongelijke produkten onmogelijk maken, vermits de consumenten dan precies zouden weten wat te kopen en ook niets anders zouden kopen (194). Volledige kennis van alle gegevens op de markt is evenzeer theoretisch als het uitgangspunt van de strikt rationele handelwijze van het economisch subject (homo economicus).

(192) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 26 bij § 1 UWG; TETZNER, Der verbraucherorientierte öffentliche Warentest, NJW, 1965, 725 (727); REIMER D., o.c., blz. 21; KRIEGER, a.c., BB, 1962, 240.

(193) Bv. RG, 1 maart 1927, RGZ, 116, 277 (280-281), Konsumverein; BGH, 13 nov. 1951, GRUR, 1952, 416 (417), Dauerdose; BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Ver schnitt. Zie ook: RICHMANN, o.c., blz. 208 e.v.

(194) ABBOTT L., Qualität und Wettbewerb, blz. 83.

Het is daarom verkieslijk de volledigheidseis door de waarheidseis te laten bepaald worden en door het duidelijk blijkend ingenomen standpunt van de adverteerder. Reclame moet dus slechts zo volledig zijn als nodig is opdat zij waar zou zijn binnen het duidelijk omgrensde standpunt dat door de adverteerder werd ingenomen.

230. De mogelijkheden waarin reclame volledigheid kan bereiken worden indringend onderzocht door EICHMANN (195). Hij vertrekt daarbij van de vraag of de ware en volledige vergelijkende reclame niet dient toegelaten te worden ten voordele van de consument. Daar hij niet blind is voor de daarbij rijzende moeilijkheden, onderscheidt hij allereerst twee vormen van volledigheid: namelijk die der vergelijkingsobjecten en die der vergelijkingsfactoren, waarna hij de mogelijkheden om tot volledig^{heid} te geraken in de reclame onderzoekt voor een prijsvergelijking, een kwaliteitsvergelijking en een kwantiteitsvergelijking.

De volledigheid der vergelijkingsobjecten is steeds bereikt zo de formulering algemeen wordt gehouden (196), zodat een probleem slechts ontstaat wanneer de ter vergelijking aangetrokken concurrerende produkten "en bloc" depreciërend worden behandeld of bij name genoemd of herkenbaar aangeduid worden. Dan dient de verhouding der concurrerende produkten tot het eigen produkt te worden onderzocht, opdat geen misleidingsgevaar zou ontstaan, doordat de keuze der concurrerende produkten zodanig werd doorgevoerd, dat de adverteerder een overdreven voordelige marktpositie suggereert voor het eigen produkt (197).

(195) EICHMANN, o.c., blz. 208 e.v.

(196) Bijv. bij een superlatiefreclame. Volgens WERNER, a.c., BB, 1972, 516 (517) mag men superlatiefreclame en vergelijkende reclame niet verwarren, omdat de eerste geen vergelijking maakt doch slechts het resultaat daarvan weergeeft.

(197) Dit kan doordat men bewust slechter geplaatste produkten kiest, doch van de betere zwijgt. Zie: SEQ, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178, waarover infra. Vgl. SLACTER, o.c., blz. 145-146.

Wat de volledigheid der vergelijkingsfactoren betreft, komen vooral de kwaliteitsbepalende factoren alsmede de prijs in aanmerking. Bij een prijsvergelijking is vooral het geval belangrijk waar door feitelijk of wettelijk voorgeschreven normalisatie (198), de prijs de enige wisselende vergelijkingsfactor is.

Een kwantiteitsvergelijking houdt EICHMANN (199) voor weinig zinvol waar het merkartikelen betreft, doch zij is belangrijk voor los, "en vrac" verkochte produkten, alsook voor voorverpakte produkten waar tussen de verschillende voorradige artikelen aanzienlijke gewichtsverschillen kunnen bestaan (200). Ook het tegenover elkaar stellen van marktaandeel en omzetcijfers valt hieronder.

Waar volledigheid voor deze beide vormen van vergelijking gemakkelijk bereikbaar is, daar levert een kwaliteitsvergelijking heel wat meer moeilijkheden op, daar alle relevante kwaliteitsbepalende factoren zouden moeten tegenover elkaar gesteld worden, opdat een voldoende mate aan marktdoorzichtigheid zou worden bereikt en de rechtmatigheid van vergelijkende reclame die aldus werd doorgevoerd, zou kunnen worden aanvaard.

Daarbij rijzen echter verschillende moeilijkheden, die zich eveneens voordoen bij een vergelijkend warenonderzoek. Er is aldus het vraagstuk der vergelijkbaarheid, dat der vaststelling van de kwaliteitscomponenten die voor de waardeschatting der verbruikers belangrijk zijn; verder dienen deze kwaliteitscomponenten volgens hun belang gerangschikt en beoordeeld te worden, moet een onderzoeksmethode worden gezocht en het onderzoek doorgevoerd worden en tenslotte is er het probleem van de reclametechnisch efficiënte en toch correcte weergave van het bekomen resultaat (201).

(197) Dit kan doordat men bewust slechter geplaatste produkten kiest, doch van de betere zwijgt. Zie: SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178, waarover infra. Vgl. SLAGTER, o.c., blz. 145-146.

(198) Zo bij handelsklassen of andere wettelijke reglementering.

(199) EICHMANN, o.c., blz. 213-214.

(200) Voorverpakte producten zijn echter meestal merkartikelen.

(201) Over al deze problemen, zie *supra* nr. 191.

De vrees dat deze opdracht de mogelijkheden van de adverteerder te boven gaat, formuleert en motiveert EICHMANN (202) als volgt:

"Diese Kette von Schwierigkeiten hat als gemeinsames Merkmal, dass bei den meisten Problemstellungen mehrere Antworten möglich sind. Bei Warentestinstituten spricht man daher anschaulich von einem Ermessensspielraum, innerhalb dessen die getroffenen Entscheidungen unangreifbar sind. Bei neutralen Testinstituten bestehen gegen diesen Ermessensspielraum keine Bedenken, weil eine Gewähr dafür besteht, dass die Entscheidung unbeteiligt und verantwortungsbewusst getroffen wird. Der gleiche Spielraum in Händen eines Wettbewerbers dagegen führt dazu, dass eine Reihe von den gegen die vergleichende Werbung vorgebrachten Argumenten hier einen trefflichen Ansatzpunkt finden. Die allein auf objektive Information gerichtete Zielsetzung des Warentestsinstituts gewährleistet das Bemühen, einen diesem Ziel möglichst nahekommenden Vergleich zu publizieren, während umgekehrt der auf die Förderung des eigenen Absatzes gerichtete Blick des Wettbewerbers die Vermutung dafür begründet, dass er nach Möglichkeit das eigene Angebot im besten Licht und die Konkurrenzangebote im Schatten darstellen wird."

Dit ernstige bezwaar loopt de adverteerder niet zo de eigenschappen der verschillende waren in "Daten", preciese feitelijke gegevens kunnen worden uitgedrukt (203), of zo dat om waren gaat waar één kwaliteitskenmerk wezenlijk bepalend is en dit precies en zonder grote problemen kan worden getest en weergegeven. Dit euvel is

(202) EICHMANN, o.c., blz. 218; vgl. POIRIER, Les Nouvelles, Droit d'auteur, nr. 161 onder verwijzing naar Montpellier, 18 juni 1932, P.P., 1933, 50, w.b. de reproductie door een handelaar van het oordeel van een schrijver. Zie ook: Voorz. Kooph. Luik, 3 jan., 1956, Jur. Liège, 1955-56, 148.

(203) Vgl. WERNER, a.c., BB, 1972, 516 (518): "Während die Werbung mit dem Vergleichsergebnis die Vergleichsgrundlage verschweigt, wird bei der objektiv vergleichende Werbung der eigentliche Vergleich veröffentlicht und mit ihm geworben. Er liefert die Daten, die für den Kunden zur Feststellung der besten Marktleistung i.S. der

evenzeer uitgesloten zo de verbruikers met sommige eigenschappen der waar zo vertrouwd zijn, dat benadrukking van één ervan of één buiten deze bekende eigenschappen, geen vals beeld doet ontstaan. Daarbij is echter in elk van deze gevallen de voorwaarde dat het benadrukte niet door een buitengewoon negatief uitvallende eigenschap teniet wordt gedaan.

231. Wat opvalt bij deze beschrijving is dat zij theoretisch onaanvechtbaar, doch praktisch haast ondoorvoerbaar is. Uit de beschrijving blijkt immers dat de meest nuttige vorm van vergelijkende reclame een kwaliteitsvergelijking is en dat deze moeilijk doorvoerbaar is. Daarom ook zal een "Datenvergleich" slechts uiterst zelden kunnen doorgevoerd worden, terwijl ook produkten die slechts één wezenlijk bepalend kwaliteitskenmerk hebben, dat gemakkelijk onderzocht kan worden en duidelijk formuleerbaar is (204), zeldzaam zullen zijn. Ook is de adverteerder vaak verplicht de omvang van het aantal produkten dat voor volledige vergelijkende reclame zou dienen onderzocht te worden, te beperken, wegens de vaststelling dat negatief uitvallende eigenschappen niet zullen vermeld worden. Is dit het geval, dan komt er een heel terrein vrij voor polemiek van economische tegenstrevers die precies op deze minder goede karakteristieken zullen willen wijzen en dit eventueel zelfs als afweer tegen een aantasting van hun concurrentiecapaciteit door de adverteerder zullen kunnen rechtvaardigen. Het beeld dat de verbruiker

.../... sozialen Marktwirtschaft erforderlich sind. Nur hier findet ein wirklicher Vergleich statt, der Mängel und Vorteile der gegenübergestellten Waren aufzeigt und somit wahre kritische Befassung mit dem Konkurrenzprodukt in der Öffentlichkeit ist. Diese Werbung fällt daher allein unter die Begriffsdefinition der vergleichenden Werbung." Zo men abstractie maakt van het utopisch en irrealistisch karakter van het hier beweerde komt deze opvatting met deze van EICHMANN overeen.

(204) Het probleem der duidelijke formuleerbaarheid lost echter nog niet de eis van gemakkelijke verstaanbaarheid voor het publiek op. Ook aan deze eis moet zijn voldaan.

hiervan zal opdoen - rekening gehouden met de gebruikte media en de tijdsverschillen tussen beide reclamecampagnes - laat weerom toe aan de voorlichtingsinhoud van zulke reclame ernstig te twijfelen.

Indien men aan de eis van volledigheid vasthoudt in het belang van het aangesproken publiek, dan moet men de mogelijkheden daartoe van vergelijkende reclame zeer eng inperken, gezien de eigen aard van deze volledigheid in de reclame.

232. Vele auteurs laten dan ook opmerken dat het postulaat van volledigheid de reclame vreemd zou zijn. Haar algemeen erkend voorrecht zou het zijn, elk voor haar passend gezichtspunt, waarmee zij op mogelijke klanten wil appeleren, te kunnen naar voor brengen en andere punten niet te moeten naar voor brengen. Dit stemt overeen met de hier gegeven definitie van volledigheid, in zoverre dat bij vergelijkende reclame, alle ter vergelijking gebruikte factoren op eenzelfde manier worden behandeld, m.a.w. er binnen het gekozen gezichtspunt een door gelijke behandeling van allen gedragen volledigheid wordt nagestreefd. Aanvaardt men deze stelling dan moet men echter de mogelijkheid van nuttige verbruikersvoorlichting door vergelijkende reclame en een hierop gebaseerde rechtmatigheid ervan ofwel ontkennen ofwel zeer sterk inperken (205).

233. Het recht kent geen onderscheid tussen juistheid of waarheid en volledigheid, doch vat dit als één vereiste. Aldus kan een tekortkoming aan de volledigheidseis de onrechtmatigheid van een reclameuiting begronden, in zoverre de onvolledigheid de onjuistheid meebrengt. Is het gezegde juist, dan is de reclameuiting rechtmatig

(205) Vgl. voor de materiële logica: F. VAN STEENBERGHEN, o.c., blz. 159-160. Voor economische overwegingen: ABBOTT, o.c., blz. 62 die stelt dat rationeel koopgedrag uitgesloten is, zo handelingen worden gesteld die op foutieve overwegingen of onvolledige berekening steunen, waarvoor niet alle ter beschikking staande gegevens werden benut of op onbeheerste gevoelsbewegingen of ondoordachte aanvaarding van raadgevingen wordt voortgegaan.

ook al konden daarnaast nog andere relevante feiten naar voor worden gebracht (206), onder voorbehoud van de eis van zakelijke voorstelling en zo geen andere handelaars herkenbaar betroffen zijn. Volledigheid is slechts verplicht in de mate dat het publiek deze verwacht en verkeerde veronderstellingen maakt bij niet-vermelding en daardoor misleid wordt, of zo bepaalde rechtsnormen de vermelding verplichtend opleggen en het publiek deze vermeldingen dan ook verwacht en bij ontbreken ervan misleid wordt (207).

c. Zakelijkheid.

234. In de drie landen bestaat er een zekere plicht van zakelijkheid die de adverteerder treft (208). Deze verschilt fundamenteel van dezelfde eis in de algemene aansprakelijkheidsregelen voor schadelijke

(206) Aldus: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 6 bij overzicht vóór § 3 UWG; EICHMANN, o.c., blz. 103 onder verwijzing naar BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt. Adde: BGH, 26 april 1957, GRUR, 1957, 491 (493), Wellaform; BGH, 29 nov. 1963, GRUR, 1964, 269 (271), noot HEYDT, Grobdesin. DE CALUWELCORDE-LEURQUIN, o.c., nr. 176, blz. 258; 3e regel van de Codex der eerlijke praktijken inzake handelspubliciteit, Ing. Cons., 1964, 71 (73). Vgl. Trib. Gr. Inst. Seine, 14 april 1923, B.J., 1925, 188; Kooph. Brussel, 26 okt. 1961; J.C.B., 1961, 321 (328 e.v.).

(207) BGH, 29 nov. 1963, GRUR, 1964, 269 (271-272), noot HEYDT, Grobdesin, met verwijzingen.

(208) GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1040; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 6 bij overzicht voor § 3 UWG; SLAGTER, o.c., blz. 130 e.v. en 149; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, blz. 210 e.v.; 2e regel der Codex der eerlijke praktijken inzake handelspubliciteit, Ing. Cons., 1964, 71 (73); IG, Frankfurt, 23 dec. 1970, WRP, 1971, 86; BIELER, a.c., GRUR, 1972, 530; HUNDHAUSEN C., o.c., blz. 102.

uitingen in de verschillende voorlichtingsmedia. Sommige wijzen van adverteren worden weliswaar evenzeer als niet-commerciële wijzen van meningsuiting of van feitenweergave verboden geacht. Aldus een appél op de menselijke driften of het uitbuiten van bepaalde gevoelens (gevoelsbespelende reclame, gefühlsbetonte Werbung) (209), het gebruik van misleidende bewoordingen (210), onmatige humor (211) een discrepantie tussen middel en doel of tegenspraak tussen de verschillende uitdrukkingsmiddelen die samen worden gebruikt (woord en beeld) (212). Nochtans is er buiten al deze vormen van verboden overdrijving geen algemene plicht tot zakelijkheid. Veeleer staat het de adverteerder vrij te adverteren op een min of meer zakelijke wijze. Indien hij echter de overdrijving in het onzakelijke vermijdt, dan dient hij bij zeer zakelijke reclame eveneens voorzichtig te zijn, omdat de rechtspraak daar, omwille van mogelijk misleidingsgevaar, een strenge waarheidseis stelt. In het ganse gebied tussen deze uitersten, wordt de onzakelijkheid als inoffensief beschouwd (213).

Criterium om de vereiste mate aan zakelijkheid te beoordelen, is de indruk die gewekt wordt bij het publiek: zo dit de aankondiging doorziet als "praat van een marktventer", t.t.z. als een aanprijzing die men niet zomaar voetstoots mag aannemen, dan wel zo de indruk van betrouwbaarheid, eerlijke feitenweergave wordt ge-

(209) Voorz. Kooph. Turnhout, 28 april 1971, R.W., 1971-72, 1069, noot GOTZEN; Voorz. Kooph. Brussel, 8 jan. 1969, J.C.B., 1969, 111, noot DE CALUWE; GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, blz. 942; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 139 bij § 1 UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 849-850; J.STUYCK, o.c., 3, nr. 308 e.v.

(210) Art. 20, 1° WHP; § 3 UWG; Pres. Rb. Dordrecht, 20 nov. 1957, N.J., 1958, 366.

(211) Voorz. Kooph. Luik, 10 dec. 1959 RGAR, 1960, 6448; EICHMANN, o.c., blz. 174-175; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 467.

(212) In Duitsland meestal aanstootgevende reclame genoemd.

(213) Anders echter in Duitsland.

wekt (214).

235. Sommige auteurs hebben gepleit voor een zeer grote mate aan zakelijkheid: met name zou elk appél aan een koopmotief van het publiek dienen achterwege te blijven dat niet steunt op preciese, relevante feiten of onzakelijk werd voorgesteld (215).

Dit zou zeer zeker wenselijk zijn vanuit het standpunt van de mogelijke verbruikersvoorlichtende werking van reclame, doch zulke eis is onaanvaardbaar zo men rekening houdt met de belangen van de adverteerders en van de advertentieagentschappen die publiciteit ontwerpen. Bovendien eist dit standpunt een totale en in de praktijk moeilijk door te voeren (216), omwenteling in de handelspsychologie. Het is tevens zeer de vraag of het publiek dergelijke reclame wenst, en of de Duitse rechtspraak in al haar strengheid op dit gebied wel voldoende met de opvattingen van de adverteerders en de reclamebureaus rekening houdt. Daarom menen wij te mogen besluiten dat een dergelijke opvatting onrealistisch is en dat zij de mogelijkheden van het recht om zulke ommekeer in het reclamegedrag teweeg te brengen, overschat. Dit is des te duidelijker zo de wetgever zelf koos voor algemeen geformuleerde beginselen en het

(214) De gedragingen van marktventers tegenover hun publiek lijken mij een goede illustratie te zijn van deze maatstaf: sommigen hebben de gave van het appél aan het publiek dat echter zeer goed weet dat het op zijn hoede moet zijn, en dat het alleen aan zichzelf zal wijten zo het op de overredingskracht van de verkoper voortgaande, iets kocht en werd teleurgesteld. Daarentegen zal het publiek wel degelijk bezwaren uiten, zo het kocht bij een eveneens op de markt verkopende handelaar, die slechts door dit feit verschilt van een gevestigde handelaar (en die vaak ook over een vaste verkoopsruimte beschikt) en onvoldaan is.

(215) VULP, a.c., WRP, 1960, 197 (202) en GRUR, 1962, 178 (184); GÜDDE, o.c., blz. 63; ANTONI, a.c., BB, 1962, 1171 (1173); WERNER, o.c., blz. 18; SLAGTER, o.c., blz. 131.

(216) Zie het hoger aangehaalde voorbeeld van reclame voor farmaceutische produkten, uit STEMERDING, o.c., blz. 14-15.

dus de rechterzal zijn op wiens schouders deze correctieve en opvoedende taak wordt gelegd.

Indien men echter een niet al te strenge eis van zakelijkheid aan de reclame stelt, dan moet haar voorlichtingsinhoud gering worden geacht en dienen haar mogelijkheden op het gebied der voorlichting eveneens laag te worden geschat.

Nochtans steunen voorstanders van een principiële toelating van de vergelijkende reclame graag op de actuele rechtspraak die bij herkenbare verwijzing, om redenen van noodzaak, streng is en een grote mate aan zakelijkheid en juistheid eist: halve waarheden, vertekeningen, niet-bewezen veralgemeningen en niet ernstig te nemen insinuaties moeten hier achterwege blijven, zoniet is de reclame onrechtmatig (217).

236. Er lijkt echter een groot verschil te bestaan tussen het standpunt van hen die vergelijkende reclame principieel toelaatbaar willen zien en de actuele rechtspraak. Immers, indien vergelijkende reclame fundamenteel rechtmatig is, dan bepaalt de adverteerder zelf in grote mate wat en hoe hij vergelijken zal, terwijl het in de opvatting van een principieel verbod, het de samenloop der omstandigheden is die een ondernemer tot een vergelijking noopt om zijn aanbod op een aangewezen manier kenbaar te kunnen maken. Bij een vergelijking die gedeeltelijk tegen wil en dank gebeurt is het veel gemakkelijker voldoende zakelijkheid in acht te nemen om de eigen economische prestaties in het zonnetje te zetten, terwijl het bij een vrij gekozen handelen dat in essentie schadelijk is, veel moeilijker is om de rechtmatige belangen van de economische tegen-

(217) Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1969, J.C.B., 1969, 340; GUTZEN, Vrijheid van beroep, nr. 1000 e.v.; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 433 e.v.; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 6 voor 3 UWG; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Nederlande, nr. 331 e.v.; SLAGTER, o.c., blz. 130 e.v.

speler te eerbiedigen (218).

d. Besluit.

237. Uit de voorgaande beschrijving blijkt zeer duidelijk dat, omwille van de door opportuniteit bepaalde principes der reclame, deze niet werkelijk nuttig de verbruiker vermag voor te lichten. Zo zij in abstracto, los van de concrete verschijningsvormen wordt beschouwd, mag dit als algemene regel worden geponeerd, die slechts in bepaalde gevallen een uitzondering lijdt. Daardoor kan worden verklaard dat de eisen, door het recht gesteld, wisselen naargelang de concrete verschijningsvorm der reclame en dat het voor een handelaar zeer moeilijk is deze criteria precies te volgen, vooral dan wanneer hij zich gaat uitspreken over de waarde van de economische prestaties van een concurrent, wiens vernietiging hij toch steeds wenst. Omwille van deze dreiging lijkt het reeds verantwoord een principieel verbod in stand te houden. De repliek daarop van voorstanders van een principiële geoorloofdheid overtuigt niet: zij menen dat het feit dat rechtsregels bestaan, die misleidende of verwarringstichtende reclame beteugelen, volstaat en dat ook niet-vergelijkende reclame het gevaar van misleiding en onjuistheid in zich draagt (219), of dat reclame moet trachten de kopers met zakelijke argumenten te overtuigen en hun een economisch verantwoorde aankoopbeslissing vergemakkelijken, in plaats van hen onzakelijk te beïnvloeden (220).

Dat elke reclame het gevaar van misleiding in zich bergt is juist, maar dit is een algemeen fenomeen dat daarom geen argument kan bie-

(218) Deze overwegingen gelden in minder sterke mate voor Nederland, omdat een principieel verbod van vergelijkende reclame er niet bestaat.

(219) BRINKMANN, o.c., blz. 65; LEO, a.c., WRP, 1960, 293 (294).

(220) VULP, a.c., WRP, 1960, 197 (201-202); SCHONHERR, Die vergleichende Reklame, blz. 51 e.v. Deze kijkt op de reclame lijkt al te idealistisch: vgl. BEERMAN, Preadvies, blz. 146: "Mij komt die hoop rijkelijk naief voor."

den: elke uiting van menselijke vrijheid bergt het gevaar in zich dat onrechtmatig wordt gehandeld. Het recht is geen strikt materieel logische, belangeloze wetenschap, maar een door opportunisme beïnvloed, door ideologieën bepaald en doordrongen geheel van ordeningsprincipes die tot grotere of minder volledige bevrediging van de onderhorigen, het samenleven regelen. Het is dan ook een vrij veel voorkomend verschijnsel dat het recht bepaalde handelingen verbiedt wegens het grote onrechtmatigheidsgevaar of de gevoeligheid der daardoor geraakte belangen, waar op andere terreinen gelijkaardige handelingen toegestaan worden, omdat men dit wenselijk oordeelt. Het probleem der demarcatie tussen recht en onrecht is geen strikt logische aangelegenheid: volgens de nood van het ogenblik dient deze klaar omschreven te gebeuren. Op België na, hebben de wetgevers der beschouwde landen het probleem der preciese demarcatie van de onrechtmatigheid in de reclame aan de rechter gelaten en slechts vrij algemene criteria gesteld, waarbij niet zozeer op de aard van de reclame werd afgesteld (221), dan wel op het behoorlijkheidsgevoel van de betroffenen kringen en de houding van het publiek. Dat men in deze context de vergelijkende reclame argwanend mag bekijken, blijkt uit hetgeen voorafgaat.

Tot slot wordt thans nog een overzicht gewijd aan de feitelijke toestand waarin de vergelijkende reclame zich bevindt in de beschouwde landen. Ter vergelijking der bekomen oplossingen wordt ook bondig het Zwitserse voorbeeld aangehaald, omdat in dit land vergelijkende reclame principieel is toegestaan. Meteen kan worden nagegaan of feitelijke verschillen in de rechtspraak op het principiële uitgangspunt moeten worden teruggebracht. Ook laat deze beschrijving toe zich enig idee te vormen over het feit in hoeverre de adverteerders erin slagen aan streng geformuleerde

(221) Behoudens de misleidende (§ 3 UWG) en de onware (§ 14 UWG) reclame in Duitsland.

eisen van waarheid en objectiviteit te voldoen en wat de verbruikers hebben aan de geboden voorlichting.

§ 5. De juridische beoordeling der vergelijkende reclame in België, Duitsland, Nederland en Zwitserland.

a. België.

238. Volgens art. 20, 2 WHP is verboden elke handelspubliciteit die vergelijkingen inhoudt die misleidend of afbrekend zijn of die het zonder noodzaak mogelijk maken een of meer andere handelaars te identificeren. Daaraan voegt art. 20, 3 WHP toe een verbod tot het stichten van verwarring met een andere handelaar of ambachtsman, zijn produkten of werkzaamheid.

Wat handelspubliciteit is in de zin van deze wet dient evenwel eerst, ondanks de bondige uiteenzetting in de aanhef van dit hoofdstuk, nog even verder uiteengezet.

De definitie van art. 19 WHP vereist het verspreiden van informatie met als doel de rechtstreekse of onrechtstreekse verkoopsbevordering. Onder informatie wordt hier verstaan een mededeling, een boodschap, zonder acht te geven op de densiteit van de erin verwerkte of ervan uitstralende kennis. Vereist is alleen dat er via de gebruikte uiting contact kan worden gelegd met het publiek over economische goederen, dat zij aanleiding kan geven tot kennisname met enig aspect dat relevantie kan worden toegemeten in verband met zulke welbepaalde goederen. De wijze waarop deze informatie wordt gesteld of verspreid is irrelevant. Ook de plaats waar de kennisname met de gegeven informatie plaats kan grijpen, wordt buiten beschouwing gelaten: er is dus geen onderscheid te maken naar gelang het al dan niet openbaar karakter van deze of haar toegankelijkheid. Ook de persoon van de verspreider is irrelevant

(222), hoewel deze, om onder de specifieke sancties van de WHP te vallen, dient handelaar of ambachtsman te zijn, zoniet kunnen deze bepalingen slechts als leiddraad dienen bij een toepassing

(222) NL. "Alle personen die zulke informatie verspreiden": Parl. Besch., Senaat, 1970-71, nr. 13, Verslag der commissie, blz. 21; MATTHIJS J., De wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, S.E.W., 1972, 435 (443); DE CALUWE, DELCORDE, LEURQUIN, o.c., nr. 161, blz. 240. Anders: VIANE L., Wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken. Commentaar, Bull. Hand., 1973, nr. 3, 4 (13). Daartegen kan worden aangevoerd dat art. 20, 2° en 3° WHP spreken over de benadeling van andere handelaars of ambachtslui. Eiser wegens oneerlijke reclame in de optiek der WHP en uitzondering gemaakt voor de vordering van de representatieve verbruikersorganisaties of de Minister van Economische Zaken, kan slechts zijn een andere handelaar of ambachtsman. Immers, het is evident, vermits de wet op handelsheldiciteit betrekking heeft, dat de niet-handelaar of -ambachtsman die reclame maakt, dit doet tegen een welbepaalde handelaar of ambachtsman. Uit de redactie van art. 20, 2 en 3 WHP kan worden afgeleid dat handelsheldiciteit slechts van een handelaar of ambachtsman kan uitgaan. Ook dat onder de toepassing van de wet slechts handelaars of ambachtslui vallen, gezien de bevoegdheid van de Voorzitter der rechtbank van Koophandel en de speciale vordering tot staken. Analogisch in samenhang met art. 1382 e.v. B.W. toegepast, kan echter de niet-handelaar of -ambachtsman die geen aangestelde is van de begunstigde, worden aangesproken in rechte. Het feit dat art. 12 (thans art. 19) der wet ooit uitdrukkelijk de niet-handelaars en -ambachtslui vermeldde en dat deze redactie niet werd aangenomen (Parl. Besch., Senaat, 1970-71, nr. 13, blz. 21) is niet overtuigend: art. 12 van het wetsontwerp nr. 415 omvatte de uitdrukkelijke beperking tot ambachtslui en handelaars, welke beperking overbodig is gebleken omwille van het geheel der wet. Ook het feit dat krachtens art. 21 WHP slechts de auteur aansprakelijk is en bij zijn ontstentenis, de uitgever, de drukker of de verspreider of elk persoon die ertoe bijdraagt dat zij uitwerking heeft, aansprakelijk zullen zijn, sluit dit niet uit. De Minister van Economische Zaken heeft erop gewezen dat de principes van art. 21 WHP niet afwijken van het gemeenrecht en dus slechts binnen het raam der WHP van toepassing zullen zijn: Parl. Besch., Kamer, 1970-71, nr. 958/5, Rapport der Commissie, blz. 11.

van art. 1382 e.v. B.W. (223). Wat betreft de persoon tot wie men zich richt, daar houdt de wet een beperking in tot het publiek. Hierdoor wordt bedoeld het normale, virtuele klienteel met uitsluiting van de personen ingeschakeld in de distributie van het produkt of de verstrekking van de dienst (224). Aldus is de handelaar die koopt voor eigen privégebruik, als klant aan te merken. Dat verderverkopers niet onder art. 19 e.v. WHP vallen als publiek, zodat de reclame die speciaal voor hen bestemd is en niet onder de ogen van het grote publiek komt niet door Hoofdstuk 5, Afdeling 5 WHP wordt omvat, hoeft geen verwondering te wekken. Immers, de verbruikersverenigingen en de Minister van Economische Zaken, die op grond van art. 57, tweede lid WHP de vordering tot staken inzake oneerlijke reclame op grond van art. 20 WHP in het algemeen belang kunnen instellen, zijn aan deze reclame niet geïnteresseerd. Daarom valt zij uitsluitend onder art. 54 WHP. Dat de term publiek verder een vereiste van optreden in het openbaar, van zich openbaar manifes-

(223) Op grond der WHP is alleen de Voorzitter van de rechtbank van Koophandel bevoegd om kennis te nemen van het geding en moet de verweerder handelaar of ambachtsman zijn (zie ook: art. 589 Ger. W.). De eis tegen een niet-handelaar, op grond der WHP, is onontvankelijk: Voorz. kooph. Brussel, 4 juni 1973, J.C.B., 1973, 470 (471). Voorz. Kooph. Veurne, 11 juli 1974, Bull. Hand., 1975, nr.9-10, 46 e.v.; Anders: GOTZEN, a.c., R.W., 1974-1975, 1665 e.v. en a.c., Economisch en Financieel Recht Vandaag II, blz. 265 (268 e.v.). DE VROEDE en MAES, a.c., R.W., 1975-76, 129 (132-133). Of de individuele consument, naast de betroffenen handelaars, hun beroepsverenigingen, de verbruikersverenigingen of de Minister van Economische Zaken een vordering tot staken kunnen instellen, is twijfelachtig, gezien de onmogelijkheid van een actio popularis. Zie daarover: BOCKEN, a.c., T.P.R., 1973, 553 e.v.; GOTZEN, a.c., J.T., 1974, 260. Niets belet echter op grond van art. 1382 e.v. B.W. te dagvaarden voor de rechtbank van eerste aanleg of van Koophandel en de miskenning der bepalingen der WHP als een fout in te roepen, zo daartoe reden bestaat. Vgl. Kooph. Brussel, 14 febr. 1959, Ing. Cons., 1965, 258 (260-261), noot DE CALUWE, Publicité Répertoire.

(224) DE CALUWE, DELCORDE, LEURQUIN, o.c., nr. 168, blz. 246 en nr. 161, blz. 240; DE VROEDE en MAES, a.c., R.W., 1975-76, 129 (131). Anders: VIANE, a.c., Bull. Hand., 1973, nr. 3, 4 (12).

teren van de persoonlijkheid op een voor velen waarneembare wijze zou veronderstellen is niet vereist: veeleer is de term publiek als synoniem van de verbruikers te verstaan (225). Ook eist men geen grote kring van personen: één enkele verbruiker kan volstaan.

M.a.w. men kan de door de rechtspraak en rechtsleer erkende uitzondering ten voordele van de vergelijking die loyaal werd verstrekt, na aanvraag van de klant, niet op grond van de term "publiek" rechtvaardigen, aangezien men dan ook de misleidende, zwartmakende of verwarring stichtende verkoopsinformatie zou moeten bannen buiten de toepassing van dit artikel, wat zelfs bij voorlichting op aanvraag, niet gewenst kan zijn.

Uit het feit dat én art. 20, 2° en 3° een schadetoebrenging aan een andere handelaar of ambachtsman (226) eisen, volgt dus dat een derde, niet-handelaar of ambachtsman, deze normen niet kan overtreden zodat de procedure en de sanctie van de WHP aanwendbaar zijn en dat slechts een beroep op art. 1382 B.W. of art. 1116 en 1382 B.W. inzake bedrog door een derde of art. 20 WHP gekoppeld aan art. 1382 B.W. zal kunnen leiden tot een veroordeling (227).

Indien ik, als privé persoon, ontevreden over de koopwaar mij door een bepaalde handelaar of ambachtsman geleverd, op de stoep vóór zijn onderneming of winkel ga manifesteren met een bord, waarop ik aanraad elders te kopen, dan kan het best dat, gezien

(225) DE CALUWE, DEICORDE, LEURQUIN, o.c., nr. 168, blz. 246 en nr. 89, blz. 151.

(226) In art. 20, 2° WHP is alleen sprake van handelaars. Dienvolgens moet men voor de hier geformuleerde regel van loutere verwijzing zonder noodzaak tegenover een ambachtsman, ofwel een beroep doen op een vergetelheid vanwege de wetgever, ofwel op art. 54 WHP dat als leemten in de bepalingen over uitdrukkelijk verboden praktijken geldt. Vgl. Voorz. Kooph. Verviers, 13 juli 1973, J.T., 1974, 447, en de noot P. EVRARD; SCHRICKER-FRANCO, Belgique, blz. 155.

(227) De voorbereidende werken zijn op dit punt onduidelijk: Parl. Besch., Senaat, 1963-64, nr. 268, blz. 23-24; Parl. Besch., Senaat, 1968-69, nr. 415, blz. 16-17.

de uitdrukkelijke vermelding of het gering aantal concurrerende handelaars of ambachtslui in de onmiddellijke omgeving, iedereen die voorbijkomt begrijpt welke ambachtslui of handelaars dan wel mijn voorkeur wegdragen. Behoudens het geval dat blijkt dat ik op aanstoken van één dezer concurrenten handelde, kunnen deze op grond der WHP niet aangesproken worden en wat mij, als privé persoon betreft, laat een onderzoek op grond van art. 1382 B.W. voor de burgerlijke rechtbank toe, mede in ogenschouw te nemen in hoeverre mijn motieven en de feitelijke gebeurtenissen een rechtvaardiging voor mijn handelen vermogen te bieden.

239. Thans rijst echter de vraag in hoeverre de kritisch vergelijkende reclame onder deze artikelen valt, waarbij reeds ab initio werd verondersteld dat zij niet misleidend was (art. 20, 1° WHP) of ook niet een daad bevordert die met art. 55 WHP en de erin vermelde bepalingen strijdt of als een strafbare inbreuk dient te worden beschouwd krachtens art. 60 e.v. WHP (art. 20, 4° WHP). Onder kritisch vergelijkende reclame werd hoger verstaan de met de werkelijkheid overeenstemmende bewering in de reclame dat de eigen prestaties of die van een met name aangeduide handelaar of ambachtsman, in hun geheel of onder welbepaalde kenmerken, die van met name genoemde of toch duidelijk herkenbare concurrenten overtreffen (228).

(228) Gezien echter de duidelijke regel vervat in art. 4 WHP, die weliswaar betrekking heeft op de prijsaankondiging, doch dan ook op om het even welke vorm ervan, dient een prijsvergelijking met de prijzen der concurrenten, steeds als verboden te worden beschouwd. SCHRICKER-FRANCO, Belgique, blz. 436 en 462; BALLON, a.c., T.P.R., 1972, 239 (249); Brussel, 19 juni 1974, niet gepubliceerd, dat op dit punt Rb. Kooph. Brussel, 20 febr. 1974, niet gepubliceerd, hervormt. Over beide wordt gerapporteerd in Bull. Hand., 1974, 7-8, blz. 62-63.

De bedrieglijke handelspubliciteit komt daarvoor uiteraard niet in aanmerking, evenmin als de verwarring stichtende reclame. Indien de verwarring gewild geschiedt, staan wij noodzakelijk voor een vorm van aanhaken of parasiteren; gebeurt zij ongewild, dan heeft de als verwarring stichtend beoordeelde vergelijkende reclame geen recht op het adjectief "kritisch". In beide gevallen is er geen werkelijke voorlichting van de verbruiker mogelijk. Omdat het om een hogerstelling gaat van de eigen productie komt dus slechts de afbrekende of de reclame die toelaat andere handelaars te identificeren, in aanmerking. Daarbij valt op dat voor de afbrekende reclame geen, voor de reclame die identificatie toelaat, slechts de uitzondering volgende uit de noodzaak der vergelijking werd aanvaard. Een dubbele vraag stelt zich dan, namelijk wat deze noodzaak inhoudt en wat er dient te worden van de vroeger door rechtspraak en rechtsleer geformuleerde uitzonderingen (229).

240. Het begrip noodzaak kent zeer verschillende betekenissen. Achterwege blijven kunnen hier degene die zich situeren op het logische, fysische en zedelijke vlak, diegene die uitdrukken wat niet anders kan zijn en staan tegenover het begrip contingentie. Van belang voor het recht is het begrip praktische noodzaak, datgene wat vereist wordt met het oog op de realisatie van een welbepaald doel en de dwingende toestand die daaruit volgde voor de handelende persoon (230). Het recht heeft meermaals bijzondere aandacht geschonken aan de noodzaak, de dwang voor een persoon te handelen tegen welbepaalde normen in, omdat de belangen of waarden die door dit handelen worden gediend, hoger worden gewaardeerd dan de door de

(229) Vgl. DE CALUWE, DELCORDE, LEURQUIN, o.c., nr. 305 e.v., blz. 431 e.v.

(230) WINKLER PRINS, Tw. Noodzakelijkheid; Katholieke Encyclopedie, id.; P. ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Tw. nécessité; Grand Larousse Encyclopédique, id.

handeling gekrenkte en eveneens beschermenswaard geachte belangen van anderen.

Art. 20, 2° WHP omschrijft echter deze noodzaak niet. Het omschrijft wel welke principieel onrechtmatige handeling uitzonderlijk toch mag worden gesteld - namelijk vergelijkende reclame maken - doch zegt niets wat betreft de doeleinden ter realisatie waarvan dit onrechtmatig handelen rechtmatig kan worden geacht.

De eis van noodzaak dient dus als rechtvaardigingsgrond, als uitzondering op de in de jurisprudentie en doctrine sedert lang aanvaarde regel dat de enkele vermelding van een mededinger (thans in de WHP ruimer en geldend voor elke andere handelaar en ex art. 54 WHP ook voor elke andere ambachtsman) in de reclame voldoende de onrechtmatigheid begrondt (231).

Maar het begrip noodzaak beduidt hier mede omwille van de andere verbodsbepalingen in art. 20 WHP, meer dan alleen maar de dwang om, omwille van een hoger gewaardeerd belang in hoofde van de adverteerder, heen te stappen over de belangen der in de advertentie betrokken ondernemers om niet als springplank te dienen voor de aanprijzingen van zijn eigen prestaties door de adverteerder. De eis van noodzaak strekt zich ook uit tot de door de adverteerder gebruikte reclametechnieken en de inhoud van deze reclame: deze eis moet, gezien de noodzakelijkheid van het nagestreefde doel, ook bij de nastreving van dit doel gerealiseerd zijn; het

(231) RPDB, Concurrence illicite, nrs. 251 en 255 e.v.; GOTZEN, Vrijheid van beroep, nr. 977 en 1003-1004 met de verwijzingen; ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, Belgien, blz. 341 e.v. met verwijzingen; DE CALUWE-DELCORDE-LEURQUIN, o.c., nr. 313, blz. 411 met verwijzingen; SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 407. Zie recent : Voorz. Kooph. Brussel, 28 febr. 1972, J.C.B., 1972, 245 e.v.; Voorz. Kooph. Leuven, 29 febr. 1972, J.C.B., 1972, 248 e.v.; Voorz. Kooph., Brussel, 2 juli 1974, Bull. Hand., 1975, nr. 9-10, 41 e.v.

doel wettigt niet alle middelen, doch slechts diegene die voor zijn realisatie onontbeerlijk zijn. Wie zich daarbij aan de belangen van anderen vergrijpt, verraaft zijn doelstelling, hoe gerechtvaardigd deze ook moge zijn en handelt toch onrechtmatig.

De eis van noodzaak mondt hier dus uit in een eis van een zoveel mogelijk schonen van de belangen van de in de vergelijking herkenbaar betrokkenen, hun recht door anderen niet vernoemd te worden, slechts te krenken voor zover dit nodig is voor het te bereiken doel. De handelspubliciteit zal dus uiteraard niet alleen niet misleidend, bedrieglijk, afbrekend, verwarringstichtend of gericht op de promotie van een verboden handelspraktijk mogen zijn, maar zelfs daaroverheen, waar, zo volledig als maar mogelijk en gezien de omstandigheden nodig is en zakelijk voorgesteld moeten zijn.

Wat het begrip noodzaak betreft, stellen de voorbereidende werken (232):

"Wat de identificering van andere handelaars betreft heeft de wet geen absoluut verbod willen opleggen aangezien, zoals de rechtspraak heeft aanvaard, sommige vergelijkingen onontbeerlijk zijn voor een omschrijving van het produkt. Het is evenwel nodig dat de handelaar een absolute noodzakelijkheid kan rechtvaardigen." Dit schijnt beperkt te zijn tot die correctieven die GOTZEN (233), omwille van hun grondslag in de vrijheid van handel als kansengelijkheid, interne correctieven noemt. Wat is dan echter het lot van die correctieven die dezelfde auteur extern noemt, omdat zij volgen uit andere rechtsregels dan de vrijheid van handel en nijverheid? Dient elke verwijzing uit zelfverdediging, elke verwij-

(232) Parl. Besch., Senaat, 1968-69, nr. 415, blz. 16.

(233) GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 979, blz. 323-324.

zing bij doorverkoop van merkartikelen en elke verwijzing op verzoek van klanten achterwege te blijven ?

uit op noodzaak
99

241. Alhoewel de eis van noodzaak als uitzondering op het principiële verbod van verwijzing naar de concurrent, limitatief moet geïnterpreteerd worden, toch moet het begrip noodzaak niet per se verstaan worden als zijnde beperkt tot de interne correctieven. Hoewel vooral bij een recente wet, de historische interpretatiemethode die steunt op het tot stand komen der wet en in de voorbereidende werken de bedoeling van de wetgever poogt na te gaan, zeker zeer aangewezen is, toch blijven daarnaast nog andere interpretatiemethodes mogelijk en wenselijk. De vraag kan immers worden gesteld of het werkelijk de bedoeling van de wetgever is geweest, de verwijzing uit zelfverdediging, op verzoek van klanten of bij doorverkoop van gemerkte waren, te verbieden. Bij doorverkoop van gemerkte waren kan er een noodzaak bestaan om de gevoerde waren met hun merknaam te betitelen, omdat zij anders niet kunnen geadverteerd worden. Daartegen zijn de verwijzing uit zelfverdediging of op verzoek van klanten geenszins onontbeerlijk voor een omschrijving van het eigen product. De geoorloofdheid van zulke verwijzingen is echter nooit ernstig betwist. Weliswaar biedt de rechtspraak vrij veel gevallen waarin toch oneerlijke mededinging werd aanvaard, doch dit was hoofdzakelijk te wijten aan het feit dat bij de vergelijking, de perken nodig voor een efficiënte afweer of een duidelijk antwoord op de vraag om inlichtingen werden overschreden. Indien de wetgever beide correctieven had willen verbieden en tegen de gevestigde praktijk had willen ingaan, dan had hij dit duidelijker moeten stellen. Immers art. 20 WHP beoogt de eerlijke principes inzake handelspubliciteit tegenover het publiek te codificeren en steunt daarbij in ruime mate op de verworvenheden van de vroegere rechtspraak en rechtsleer (234). Had de wetgever daarvan willen afwijken, dan had hij dit waarschijnlijk duidelijker tot

(234) Vgl. Voorz. Kooph. Luik, 2 maart 1972, J.T., 1972, 488 (490). SCHRICKER-FRANCO, Belgique, nr. 406 a.

uitdrukking gebracht dan door het gebruik van de term noodzaak. Ook in het geval van de externe correctieven bestaat er immers een noodzaak om tot de verwijzing over te gaan, alleen is deze niet gegrond in de vrijheid van handel en nijverheid als kansengelijkheid (235). Mag men daaruit niet besluiten dat de Memorie van Toelichting, die bovenstaande passus bevat, onvolledig is en van de rechtvaardigingsgrond die zij creëert een al te enge definitie gegeven heeft? (236) Lijkt het niet veeleer de bedoeling te zijn geweest, een rechtvaardigingsgrond te eisen van diegene, die tot vergelijkingen overgaat die de andere handelaar betreffen, en dat men als leiddraad aan de rechter die de eis daartegen zal beoordelen, heeft gesteld dat een zekere dwangsituatie, die in concreto te beoordelen valt, dient te zijn gerealiseerd?

De beperking door de uitzondering ingevoerd strekt zich m.a.w. uit tot de noodzaak van het nagestreefde doel en de daartoe gebruikte middelen. Omdat het verbod van vergelijkende reclame zelf de vrijheid van handel en nijverheid inperkt en een absoluut verbod de mogelijkheden van de adverteerders al te zeer zou beperken, moet men als noodzakelijk, en dus vergelijkende reclame rechtvaardigend, interpreteren elke reclame die toelaat andere handelaars te identificeren, doch die door de druk der omstandigheden geboden was en zo veel als mogelijk was de belangen der aangegrepenen ontzag.

Hieraan kan worden toegevoegd dat men voor de verwijzing op verzoek van een klant, een vermoeden kan putten uit de instemming van de Hoge Raad voor de Middenstand met deze bepaling. De vraag mag immers worden gesteld of deze Raad zich zou hebben kunnen verenigen met een verbod dat haar vertegenwoordigden zo rechtstreeks betreft en zo drastisch in tegenspraak met de geplogenheden is?

(235) Daarover: GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 980 e.v.

(236) D'HALLUIN, a.c., R.W., 1973-74, 897 (911). Vgl. DE CALUWE-DELCORDE-LEURQUIN, o.c., I, nr. 314, blz. 443.

242. Een laatste vraag hierbij is of de belangen van het aangesproken publiek, de reclame die andere handelaars identificeert, kan rechtvaardigen. Kan het algemeen belang of het belang van het aangesproken publiek alleen, naast de strenge vormvereisten aan de uiting te stellen, een rechtvaardiging wegens noodzaak begronden? Hiervoor is reeds in de rechtsleer gepleit (237), zij het vrij algemeen en zonder doorgedreven motivering.

Men dient echter voor ogen te houden dat, om een beroep te kunnen doen op de rechtvaardigingsgrond van noodzaak, de adverteerder zal moeten aantonen dat het doel dat hij nastreefde mede het dienen van het algemeen belang inhield en de gebruikte middelen rechtvaardigde. Hierbij rijst de vraag of het mogelijk is te achten dat het algemeen belang of het belang van het koperspubliek een doelstelling kan zijn die hoger te waarderen viel dan de belangen der aangegrepen handelaars. In principe is dit zeker aan te nemen: particuliere belangen moeten normaal wijken voor het algemeen belang, en dit blijkt impliciet uit art. 20 WHP zelf: de vrijheid der adverteerders wordt er beperkt ten voordele van het publiek dat niet mag misleid worden (art. 20, 1 WHP), geen bedrieglijke vergelijkingen mag krijgen (art. 20, 2 WHP) of door verwarring stichtende reclame (art. 20, 3 WHP) van onderhandelingen met of de prestaties van anderen afkerig mag wordengemaakt. Al deze bepalingen betreffen echter ook rechtstreeks de andere handelaars, die van deze praktijken de dupe zijn en er zich daarom kunnen tegen verzetten. Het lijkt trouwens, dat afgezien van de grondslag der

(237) DE GRUYSE, noot sub Voorz. Kooph. Brussel, 3 jan. 1972, Ing. Cons., 1972, 99 (107). Le rail dégage la route. VAN BUNNEN L., a.c., J.T., 1972, 741 (743-744) met verwijzingen; Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, d.d. 6 dec. 1973, Parl. Besch., Kamer, 1973-74, nr. 726/1, met instemming over dit punt besproken door J.J. EVRARD, A propos de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, J.T., 1974, 621.

vordering tot staking die aan de representatieve verbruikersverenigingen en de Minister van Economische Zaken is toegekend, het publiek in art. 19 e.v. veeleer in zijn hoedanigheid van klienteel ten voordele van alle handelaars wordt gezien en slechts secundair als te beschermen groep.

Er is ook het verbod van art. 20,4 WHP dat reclame voor een krachtens art. 55 of 60 tot 63 WHP verboden handelspraktijk, beteugelt. Zulke bepaling is evenzeer gewenst als de bepalingen in de drie voorgaande leden van art. 20 WHP: meestal zijn zij even schadelijk voor de consument als voor de getroffen handelaar. Sommige verboden praktijken zijn echter mogelijk voordelig voor de consument en worden louter ter bescherming van de andere handelaars of van het algemeen belang verboden: aldus de verkoop met verlies, sommige vormen van uitverkoop, opruiming of verkoop tegen verminderde prijs. De verbruiker die hiervan profiteert, zonder het bekomen voordeel te verliezen doordat hij zich tot het mogelijk als lokvogel geplaatste produkt beperkt, zal de bekendmaking van zulk aanbod zeker niet als onrechtmatig aanvoelen. Hier is het duidelijk dat de motivering slechts op de belangen van de handelaars, het algemeen belang en mogelijk dat der schuldeisers kan stoelen (238). Ook hun belang is een uiting van het algemeen belang, doch het blijkt hier in botsing te komen met het consumentenbelang, of met de belangen van het verstandigst aankopende deel ervan. Algemener zelfs kan worden gezegd dat het consumentenbelang hier botst met het belang

(238) Zie: Voorz. Kooph. Verviers, 13 juli 1973, J.T., 1974, 447, noot P.EVRARD; Voorz. Kooph. Brussel, 3 sept. 1974, J.T., 1975, 121; GRUR, AIT, 1975, 179; Parl. Besch. Senaat, 1963-64, nr. 268, blz. 25-26 en 1968-69, nr. 415, blz. 17 e.v.

der concurrentie zelf, als ordenend principe van de maatschappij. Gaafhouding van de concurrentie zelf is uiteindelijk ook in het belang der consumenten, maar zal door dezen moeilijk direct worden gevoeld. Zo dus het consumentenbelang en het belang van een bepaalde handelaar of groep van handelaars samen de noodzaak van een vergelijking vorderen dan kan de adverteerder naast zijn eigenbelang ook het algemeen belang inroepen. Buiten deze hypothese is de adverteerder echter geen aangewezen waarnemer van het algemeen belang. Het wezen van de handel steunt op de behartiging van eigenbelang en daarlangs wordt in de behoeften van het publiek voorzien en het algemeen belang gediend. Elke handel of nijverheid steunt op eigenbelang en bij de nastreving daarvan is de adverteerder in het beste geval zich bewust van zijn dienst aan het algemeen belang en tempert hij daarom zijn handelwijze (239). Dat een handelaar zou handelen ter behartiging van het algemeen belang met verwaarlozing van het eigen belang is een werkelijkheidsvreemde hypothese. Zelfs zo een vereniging zonder winstoogmerk een economische activiteit uitoefent, ter ondersteuning van een ideëel, algemeen nuttig doel, dan wordt zij in haar "commerciele" activiteit primordiaal geleid door het streven naar winst, winst die weliswaar zal ingezet worden voor een ideëel doel. Wel vermag in zulke hypothese de doelstelling der VZW bepaalde remmingen uit te oefenen op de wijze van nastreving van deze activiteiten. Dit neemt niet weg dat de VZW dan allereerst uit eigenbelang handelt: namelijk zo veel mogelijk middelen te verzamelen ter realisatie van haar doelstellingen.

Een handelaar adverteert dus steeds uit eigenbelang. Vraag is of dit handelen, in casu door vergelijkende reclame te maken, zo sterk de belangen van het publiek zou kunnen dienen, dat het nastreven

(239) De normale hypothese is echter dat hij niet handelt tegen het algemeen belang omdat dit zijn eigenbelang zou kunnen schaden.

van zijn eigenbelang voor de beoordeling van zijn handelen op de achtergrond zou kunnen treden en dus allereerst omwille van het nut voor het algemeen belang zou kunnen geacht worden noodzakelijk te zijn. Dit betekent dat in concreto het voordeel voor het algemeen belang van zijn adverteren zo groot zal moeten zijn, dat het toelaat daaruit tot de noodzaak van zijn optreden te besluiten. Zulke hypothese kan zich voordoen indien de adverteerder waarschuwt tegen misleiding of bedrog van het publiek vanwege een concurrent of bij het adverteren van een nieuw produkt dat een fundamentele verbetering tegenover de gangbare produkten zou betekenen of zo zijn eigen produkt kwalitatief ver boven de vergelijkbare produkten uit zou steken. Vereist is bovendien dat naar de vorm deze reclame ook werkelijk voorlichting biedt.

Er dient evenwel op gewezen te worden dat de uitdrukkelijke formulering van art. 20, 2 WHP een rem vormt op de erkenning van het handelen ter behartiging van het algemeen belang vanwege de adverteerder tegenover de andere handelaars of ambachtslui. Art. 20, 2 WHP acht het inderdaad fundamenteel foutief het mogelijk te maken een of meerdere andere handelaars identificeerbaar aan te duiden in de reclame. Hierdoor komt de betroffenheid, de herkenbaarheid van de anderen als centraal criterium van dit lid naar voor.

Basis daarvan is dat men de ondernemer een recht op geheimhouding van zijn economische activiteit, een recht op een privésfeer in en omwille van zijn economische activiteit toekent of toch minstens een recht om niet in verband met de aanbiedingen van anderen met name of impliciet genoemd te worden (240). Hoewel dit geenszins strookt

(240) Vooral de oudste rechtspraak over vergelijkende reclame lijkt zeer duidelijk in deze richting de grondslag te zoeken, indien zij geen bedrog of kwade trouw vereist opdat de gevoerde reclame onrechtmatig zou worden geoordeeld.

.../...

met het wezen van de concurrentiestrijd en een goed begrip der persoonlijkheidsrechten (241), toch moet men zich hierbij neerleggen en daaruit de conclusie trekken dat de belangen van de aangegrepen handelaars, behoudens noodzaak, hoger worden gewaardeerd dan het belang op voorlichting van het publiek, indien deze van een handelaar afkomstig is. Het is immers geenszins een noodzaak het publiek over de verschillende mogelijkheden waarop het een bepaalde behoefte kan bevredigen voor te lichten door reclame, los van rechtvaardigende omstandigheden. Dit klemmt des te meer daar er meer geëigende voorlichtingsmogelijkheden bestaan die niet vanuit rechtstreekse bevoordeling van één der betrokken handelaars zijn opgebouwd (242). Het is precies de rechtstreekse

.../... Zie als typisch voorbeeld: Brussel, 19 dec. 1885, Pas., 1886, II, 152: "Attendu qu'une réclame de cette nature ne saurait se concilier avec la loyauté qui doit présider aux relations entre négociants; Attendu que le nom d'une personne physique ou morale est une propriété privée dont on ne peut s'emparer contre sa volonté pour le faire servir à une publicité quelconque, et bien moins encore pour jeter le discrédit sur les objets de son négoce ou amener le trouble dans ses affaires; "Vgl. MOREAU, o.c., nr. 203 e.v.; Rb. Brussel, 19 april 1848, B.J., 1848, 667; Brussel, 13 april 1870, Pas., 1871, II, 17; id., 14 nov. 1876, Pas., 1878, II, 98; id., 4 aug. 1879, Pas., 1879, II, 368; Verviers, 15 jan. 1880, Pas., 1880, III, 311; Brussel, 18 mei 1881, Pas., 1881, II, 355; Brussel, 31 jan. 1884, B.J., 1884, 707; Veurne, 28 mei 1887, B.J., 1887, 1178 bev. Gent, 31 juli 1888, Pas., 1889, II, 40, alwaar ook het vonnis a quo.

(241) Een rechtspersoon heeft, volgens de unanieme rechtsleer, slechts die persoonlijkheidsrechten, die geen bestaan als natuurlijke persoon veronderstellen; RONSE J., Vennootschappen, blz. 297; VAN GERVEN, Algemeen Deel, nr. 45; MICHOD L., o.c., II, nr. 168, blz. 2 e.v. Daarom zou een rechtspersoon geen recht op privacy toekomen. Ook geen afgezwakt recht op privacy, in de vorm van een recht op anonymiteit, omdat de rechtspersoon slechts een publieke sfeer heeft, identisch met het tijdsgebeuren: aldus voor een natuurlijk persoon, de definitie van HUBMANN, Das Persönlichkeitsrecht, blz. 218. Vgl. SCHUBERMANS, o.c., blz. 177 e.v. Daartoe hoort ook een natuurlijk persoon zijn economische activiteiten: vgl. Rb. Brussel, 30 juli 1901, P.P., 1902, 172; Rb. Brussel, 24 febr. 1960, J.T., 1960, 507; DUPLAT, o.c., blz. 292. A fortiori ook voor een rechtspersoon, die slechts en alleen een publieke sfeer heeft, vatbaar voor kennisneming door het publiek.

(242) I.c. vergelijkend warenonderzoek, informatieve etikettering...

beoordeling van één der betrokken handelaars, die normaal steeds gegeven is bij vergelijkende reclame, die de eis doet stellen van een noodzaak die mede door de belangen van de adverteerder wordt begrondt. Het is slechts in zoverre de adverteerder een eigen belang, dat noodzakelijk door vergelijkende reclame moest behartigd worden, bezit, dat hij kan optreden in het algemeen belang met vergelijkende reclame. Dit behartigen van het algemeen belang mag hij dan ook, doch hij hoeft het niet te kunnen inroepen voor zijn optreden. De noodzaak van de vergelijkende reclame voor zijn eigen belangen is dus steeds en slechts^{de} vereist opdat hij zijn reclame zou kunnen rechtvaardigen.

Dit strookt volledig met de strengheid die de Belgische rechtspraak en rechtsleer tot heden heeft betoont tegenover de vergelijkende reclame en hierin is geen verandering te verwachten nu art. 20,2 WHP voor de noodzakelijkheid van de verwijzing een uitzondering maakt (243). Niet alleen lijkt dit niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest (244). Bovendien is art. 20,2 WHP

.../... Daarom kan men ook geen argument halen uit de rechtspraak die journalisten, die inzake politieke aangelegenheden vaak al behalve objectieve en serene informatie geven, toch niet al te snel aansprakelijk acht en politici verplicht tot het aanvaarden van strenge, mogelijk zeer tendentieuze kritiek vanwege de nieuwsmedia. Het onderscheid is precies gelegen in het feit dat journalisten geen financieel belang hebben bij het merendeel der door hen verstrekte informatie of commentaar. Over deze rechtspraak: DALCQ, *Traité*, nr. 1270 e.v., blz. 426 e.v.; vgl. Luik, 11 maart 1936, P.P., 1937, 174. Zie voor Duitsland: ERDSIEK, *Die Pressefreiheit in der Rechtsprechung*, Festschrift H.C. Nipperday, I, 257 (260-262); BGH, 15 jan. 1963, NJW, 1963, 665, Call-girl. Voor Nederland: AUBEL, *Persoon en pers*, blz. 93; MICHELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., *Onrechtmatige Daad*, IX, nr. .

(243) VAN BUNNEN L., a.c., J.T., 1972, 741 (744). Contra: DE CALUWE, noot sub Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1969; J.C.B., 1969, 340 (345-346); SCHRICKER, a.c., AcP, 172 (1972), 203 (222).

(244) Parl. Besch., *Jaarboek*, 1966-67, nr. 415, blz. 16; Voorz. *Jaarboek*, 1967-68, nr. 415, blz. 16; *Jaarboek*, 1970-71, nr. 415, blz. 16; 41(44), onder verwijzing naar J.VAN RYN, *Conférence du Jeune Barreau*, jan. 1972, *Recyclage de droit commercial et économique*, *Modifications législatives récentes en matière de commerce et de pratiques commerciales*, blz. 7.

WHP slechts een herformulering van de vroegere rechtspraak en wetgeving, toegespitst op het gebied van de reclame. (Alle) uitzonderingen die toen werden aanvaard, werden dit wegens hun belang voor de ruilkansengelijkheid die men tussen de mededingers zocht te bewaren en slechts via deze omweg in het belang van het publiek. Daaraan verandert niets dat thans een vordering tot staken op grond van art. 20WHP door de representatieve verbruikersverenigingen of de Minister van Economische Zaken kan worden ingesteld (art. 57, tweede lid WHP) en dat krachtens art. 19 WHP de handelspubliciteit beperkt wordt tot diegene die zich richt tot het publiek, dat niet mag worden misleid, in verwarring gebracht of op de hoogte gebracht van een oneerlijke handelspraktijk. Dit reikt niet zo ver dat bij de beoordeling der noodzakelijkheid van de verwijzing mede het algemeen belang zou moeten in acht genomen worden. Hoogstens kan dit op grond bijkomstig, als medebepalend argument. Zo een inkrimping der van de huidige wettekst/uitzonderingen op het algemeen verbod te vrezen valt, een verruiming van de aanvaarde uitzonderingen is erg onwaarschijnlijk. Slechts kan gehoopt worden dat de rechters zo veel als mogelijk is ter bepaling van hun uitspraak rekening zullen houden met de concrete omstandigheden van elk geval. M.a.w. dat zij de noodzaak die de verwijzing rechtvaardigt, telkens weer in concreto zullen trachten te onderkennen in de aangevoerde feiten en niet een vaste catalogus van type-gevallen van noodzaak zullen vooropstellen, die de wet geenszins bevat. Wel bevat elke verhandeling der rechtsleer een systematische ordening van gevallen, waarin noodzaak werd of kan worden aanvaard. Hoe gezaghebbend en hoe logisch verantwoord al deze systematiseringen ook mogen zijn, zij kunnen nooit prat gaan op totale volledigheid, omdat steeds moet aanvaard worden dat in het dagelijkse economische verkeer noodsituaties kunnen ontstaan, die de verwijzing naar andere handelaars of ambachtslui kunnen rechtvaardigen.

Ten voordele van het publiek alleen en zelfs onder strenge voorwaarden die de voorlichtingswaarde moeten verzekeren, kan er geen voldoende noodzaak voor vergelijkende reclame worden aanvaard, indien niet andere factoren deze mede helpen begronden. Als middel van voorlichting is het geenszins noodzakelijk reclame te kiezen, daar er andere en meer geëigende en meer vertrouwens inboezemende wegen tot voorlichting bestaan. Slechts uitzonderlijk is het zo dat in de concrete omstandigheden reclame als meer geëigend voorkomt dan andere middelen van voorlichting, en indien dit het geval is, dan kan, naast het belang van het aangesproken publiek, steeds ook het belang van de andere handelaars, het beroepsbelang of het eigenbelang van de adverteerder als determinerend voor de noodzaak worden ingeroepen. Zowel bij misleidende reclame, bij bedrieglijke, afbrekende of louter vergelijken-de reclame, bij verwarring stichtende reclame als bij reclame voor een met de eerlijke handelspraktijken strijdig optreden, is het steeds ook het belang van de betroffenen dat meespeelt: van art. 20,1 tot 4 WHP gaat namelijk het belang van het publiek decrescendo, terwijl het belang van de handelaars die door de oneerlijke handelspraktijken in hun beroepsbelangen geraakt worden, steeds ongeveer even groot is: elk der verboden procédés is van aard een klienteel afhandig te maken. Dat er ten voordele van het publiek geen eigen, uitsluitende noodzakelijkheidsgrond kan worden aanvaard, blijkt ook uit het feit dat aan het publiek zelf geen vorderingsmogelijkheid, geen voldoende hoedanigheid is verleend om een vordering tot staken in te stellen (245).

(245) SCHRICKER, a.c., GRUR, 1972, 184 (200). Contra: BOCKEN, a.c., T.P.R., 1973, 553 e.v.; DE CALUWE-DELCORDE-LEURQUIN, o.c., blz. 852, nr. 774. M.i. tonen deze laatste auteurs onvoldoende aan dat de WHP dwingt tot het aanvaarden van een uitzondering op de algemeen aanvaarde onmogelijkheid van een actie popularis. Gezien de

tenzij via de representatieve verbruikersverenigingen of de minister

.../... van deze onmogelijkheid en het feit dat het om een zeer uitzonderlijke hypothese gaat (er is de specifieke bevoegdheid van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel), zou een klare, ondubbelzinnige tekst de processuele hoedanigheid moeten confirmeren. Alleen de term belanghebbenden in art. 57, eerste lid WHP staft deze opvattingen, terwijl uit de voorbereidende werken blijkt dat de wetgever de belanghebbenden niet buiten de kring der economisch actieve handelaars of ambachtslui wou zoeken. Parl. Besch., Senaat, 1963-64, nr. 268, blz. 62: "Ook producenten- of verdelersverenigingen met rechtspersoonlijkheid, w a a r v a n b o v e n b e d o e l d e p e r s o n e n (bedoeld is de in een vorig paragraaf omschreven belanghebbenden L.B.) l i d z i j n (cursivering van mij L.B.), kunnen de staking vorderen." Ibidem, blz. 143 waar verwezen wordt naar FREDERICQ, o.c., II, nr. 135 die de vordering tot staken van de individuele verbruiker onmogelijk acht (zij het op grond van K.B. nr. 55 van 23 dec. 1934) en waar voor de verbruikersverenigingen als uitzondering een zekere hoedanigheid wordt aanvaard. Dezelfde passage als op blz. 62 vindt men terug in Parl. Besch., Senaat, 1968-69, nr. 415, 54 en 1970-71, nr. 13, blz. 43-44. Onduidelijk is Parl. Besch., Senaat, 1970-71, nr. 91, blz. 7, dat geen conclusie toelaat. In de Kamer van Volksvertegenwoordigers is over art. 57 WHP niet gediscussieerd: Parl. Besch., Kamer, 1970-71, nr. 958/5, blz. 19. Krachtig argument pro is alleen de passus uit het advies van de Raad van State, in Parl. Besch., Senaat, 1963-64, nr. 268, blz. 108 (142): "Kan ook de verbruiker, individueel gezien, ze instellen, als hij van benadeling doet blijken? Volgens de tekst van het ontwerp wel. Mocht de Regering het anders verstaan, dan moet zij daaromtrent positie kiezen." Een uitdrukkelijke positie kiezen heeft volgens GOTZEN, a.c., J.T., 1974, 260-261 wel degelijk plaats gegrepen. Wie inderdaad, zoals GOTZEN, op de hoogte is van de voorbereidende werken in de schoot van de Raad voor het Verbruik in verband met de uiteindelijke redactie van art. 57 WHP (niet gepubliceerde stukken dd. 30 juni 1970) en hun weerslag nagaat op de uiteindelijke redactie van dit artikel, kan m.i. tot geen ander besluit komen. Zie ook: GOTZEN, a.c., Economisch en Financieel Recht Vandaag II, n blz. 265 e.v.

van Economische Zaken. Dit noodt tot de overtuiging dat de belangen van het publiek in de ogen van de wetgever nog steeds best door de onderlinge censuur der economisch actieven wordt gegarandeerd: typische uiting van deze opvatting is, dat noch de verbruikersverenigingen, noch de Minister daden, die slechts met art. 54 WHP strijden, kunnen doen staken (246).

Indien slechts de belangen van het kopende publiek worden getroffen, dan is het aangewezen een optreden aan de representatieve verbruikersverenigingen of de Minister van Economische Zaken over te laten. Daartoe is hun actieve hoedanigheid in de wet voorzien, anders bleven zij overgeleverd aan het altruïsme van de handelaars, en hun beroepsverenigingen, en altruïsme is de handel vreemd, zodat handelaars geen beroep kunnen doen op deze drijfveer.

243. Fundamenteel foutief blijkt dat de WHP in haar art. 20 de betroffenheid van de concurrent centraal stelt en aldus uitgaat met de vroegere rechtspraak van een zeker recht op een privésfeer ten voordele van de economisch actieven in en omwille van hun handelsactiviteit. Dat zulke al te verregaande economische persoonlijkheidsrechten worden toegekend is onverenigbaar met het wezen van de concurrentiestrijd en met een juist begrip van de persoonlijkheidsrechten (247). Meteen wordt de mogelijkheid van reclame te maken, ten dele afhankelijk gemaakt van de marktstructuur. Daar immers

(246) Art. 57 WHP verwijst in zijn tweede lid niet naar art. 55, i WHP. Volgens de Voorz. Kooph. Kortrijk, 11 okt. 1973, J.C.B., 1975, 60 63 e.v.) noot G.L. BALLON, kan de reclame voor zulke praktijken op grond van art. 20, 4° WHP, wel op vordering van de Minister van Economische Zaken worden verboden.

(247) Vooral zo het om een rechtspersoon gaat, blijkt dit. Met de notie van rechtspersoon is die van privésfeer onverenigbaar. Daarover infra.

de betroffenheid ook impliciet kan zijn, is de oligopolist in veel sterkere mate beperkt in zijn mogelijkheden tot adverteren dan de polypolist (248). Deze vervlechting met de persoonlijkheidsrechten van de betroffen ondernemer(s) maakt echter ook een rem uit op de erkenning van door feitelijke noodzaak gerechtvaardigde situaties, waarin tot vergelijkende reclame werd overgegaan. Dit blijkt allereerst en vooral bij vergelijkende reclame ter afwe- ring of verdediging tegen onrechtmatige mededinging, waar geëist wordt, in naam van het verbod van eigenrichting, dat de betroffene bij zijn verweer op het door de tegenstander geschonden terrein blijft (249), en gemakkelijk beide partijen, wegens wederzijdse oneerlijke mededinging veroordeelt, ongeacht de juistheid of onjuistheid van het medegedeelde, terwijl ook een duidelijk verband met de schadelijke beweringen van de aanvaller onvoldoende is. Nog strenger is de rechtspraak voor de preventieve zelfverdediging, waar volgens GOTZEN (250) slechts de aanwezigheid van een bijzondere wettelijke rechtvaardigingsgrond, de verwijzing naar een of meerdere andere handelaars kan rechtvaardigen. De afbrekende reclame is steeds verboden. De voorbereidende werken om-

(248) Vgl. SCHRICKER, a.c., AcP, 172 (1972), 203 (230), met verwijzingen. Adde: Voorz. Kooph. Brussel, 13 jan. 1971, Ing.Cons., 1971, 33, Salik; Kooph. Leuven, 14 juli 1936, R.W., 1936-37, 463

(249) Zie de bespreking van de rechtspraak GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1045 e.v.; ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, België, blz. 410; DE CALUWE-DELCORDE-LEURQUIN, o.c., nr. 648-649; CYFER, noot sub Kooph. Kortrijk, 12 okt. 1929, RGAR, 1930, 544; COPPIETERS DE GIBSON, o.c., nr. 301 e.v. Een enkele keer zelfs (zie Rb. Kortrijk, 18 april 1952, R.W., 1952-53, 1695) wordt een parallel getrokken met het recht op antwoord. Daardoor brengt men de beoordeling van de reclame op het gebied van de pers- en meningsuitingsvrijheid, waarvan de WHP een wettelijke beperking is.

(250) GOTZEN, Vrijheid van Beroep, II, nr. 1086 e.v.

schrijven deze als een vergelijking die geringschattend is, die de inferioriteit van de produkten van een ander handelaar uitdrukt tegenover de eigen produkten (251). Bovendien leert de vroegere rechtspraak ons dat de term afbrekende reclame of zwartmaking, zowel zelfstandig, als vorm van principieel verboden mededinging werd gebruikt (252), dan ook als voorwaarde, negatief gesteld, zo één der uitzonderingssituaties geacht werd te zijn gerealiseerd (253). In beide gevallen dekt hij de afkeuring der rechtspraak en der eerlijke handelspraktijken wegens onvoldoende in acht neming van de rechtmatige belangen der economische tegenstanders.

Beide betekenissen blijven bewaard in de WHP. Een reclame kan als afbrekende vergelijking verboden worden, zowel in het geval wel als niet één der uitzonderingssituaties, te rekenen onder het begrip noodzaak gerealiseerd was.

De hogerstelling die in wezen steeds neerkomt op een afbreken van het ter vergelijking aangetrokken produkt, mag dus niet ont-aarden in zwartmaking, een geringschatten van de door de vergelijking herkenbaar geworden concurrent(en). Principieel is zij verboden en slechts zo zij noodzakelijk was, kan zij, onder voorbehoud van zwartmaking, gerechtvaardigd zijn. Daaruit volgt dat zij juist, zo volledig als vereist wordt door de omstandigheden

(251) Parl. Besch., Senaat, 1963-64, nr. 268, blz. 23, overgenomen ibid., 1968-69, nr. 415, blz. 16.

(252) Bv. Rb. Turnhout, 28 juni 1967, J.T., 1968, 222, noot BRAUN; Voorz. Kooph. Brussel, 22 maart 1971, J.C.B., 1972, 76; Voorz. Kooph. Brussel, 31 jan. 1957, J.C.B., 1957, 80.

(253) Bv. Brussel, 16 nov. 1904, P.P., 1905, 458 met verwijzingen: Kooph. Brussel, 26 maart 1935, J.C.B., 1936, 133; Brussel, 5 juni 1935, RGAR, 1936, 2096; Kooph. Brussel, 20 maart 1950, J.C.B., 1951, 85: de regel is in dit vonnis onduidelijk, omdat de rechtbank de mogelijke aanwezigheid van een uitzonderingstoestand niet heeft onderkend. Aldus ook: GUTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1037.

en zakelijk moet zijn doorgevoerd en voorgesteld (254).

Aanhangsel: Overzicht der recente rechtspraak over handelspubliciteit.

244. Indien men even nagaat welke gepubliceerde uitspraken sinds het in werking treden der WHP over reclame werden geveld, dan blijkt dat ook deze niet dwingt tot een standpuntswijziging.

X Twee gevallen betroffen reclame waarin de adverteerder zich ten onrechte de eigenschap van groothandelaar of fabrikant toeëigende. De Voorzitter der rechtbank van Koophandel te Brussel (255) veroordeelde de betiteling "zelfbediening in 't groot" als verwarringstichtend, wanneer de adverterende onderneming, in casu een hypermarkt, aan kleinhandelaars en begeleide particulieren vrij toestaat zich zonder beperking in alle afdelingen te bevoorraden tegen dezelfde prijs.

De Voorzitter der rechtbank te Turnhout (256) veroordeelde een kleinhandelaar die zich uitgaf voor schoenfabrikant.

Een ophefmakende zaak was het geschil over de slogan en de erbij horende afbeelding, "Het spoor ontlast de weg" beslecht door de Voorzitter der Koophandelsrechtbank te Brussel op 3 januari 1972 (257).

De NMBS voerde in 1971 een campagne waarbij door aanplakbiljetten, brochures en radiocommentaren de slogan "het spoor ontlast de weg" werd gelanceerd. Op de affiche was een vrachtwagen getekend,

(254) Vgl. SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 406 a en 419.

(255) 29 sept. 1972, R.W., 1972-73, 1151, noot Paul DE VROEDE, Makro, besproken bij SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 487.

(256) 30 maart 1973, R.W., 1973-74, 487.

(257) 3 jan. 1972, Ing. Cons., 1972, 89, noot L. DE GRUYSE; J.C.B., 1972, 233, besproken bij SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 448 a.

voorzien van het plaatje TIR (Transport International Routier) welke door de hand van een spoorwegbeambte wordt opgeheven om deze op een lege treinwagen te plaatsen. Verder een vrachtwagen wiens last zal worden overgeladen op een spoorwegwagon. Bovendien werden een reeks spoorwegwagens en vrachtwagens afgebeeld, beide met een identieke last.

De Nationale Federatie van wegvervoerders achtte deze campagne schadelijk en oneerlijk tegenover haar leden en bekwam een veroordeling wegens denigrerende reclame. De Voorzitter meende dat de slogan zelf rechtmatig kon worden geacht, doch dat deze, gecombineerd met de gewraakte voorstelling, neerkwam op een neerhalen van het wegvervoer in de ogen van het publiek.

De uiterst genuanceerde en zeer gepast op de feiten afgestemde uitspraak kan slechts toegejuicht worden, omdat, zoals het vonnis opmerkt, de NMBS zeer zeker meer aangepaste en voor het wegvervoer onschadelijke wijzen van illustratie van haar slogan kon kiezen dan diegene die zij nam.

Twee geschillen betroffen concurrerende reclame-agentschappen die de stopzetting vroegen van het benaderen door een concurrent van hun klanten met de mededeling dat zij de reclame van deze klanten gevoerd via het concurrerende agentschap goedkoper konden realiseren. Beide werden verboden als vergelijkende reclame die zonder noodzaak werd gevoerd (258). Voor de voorzitter der rechtbank van koophandel te Leuven werd daarbij vruchteloos aangevoerd dat de rechtspraak aan het einde der twintiger jaren alsmede GOTZEN in zijn standaardwerk over onrechtmatige mededinging hierin geen

(258) Voorz. Kooph. Brussel, 28 febr. 1972, J.C.B., 1972, 245 en Voorz. Kooph. Leuven, 29 febr. 1972, J.C.B., 1972, 248, beide met noot. Besproken bij SCHRICKER-FRANCQ, Belgique, nr. 450a.

graten zagen. Evenmin mocht baten de verwijzing naar het feit dat ook dagbladen zich aan dezelfde praktijk plegen schuldig te maken.

De Voorzitter der rechtbank van Koophandel te Luik (259) weigerde een producent van additiva voor motorolie wegens oneerlijke mededinging te veroordelen die in zijn reclame gewag had gemaakt van voor zijn produkt voordelig uitvallende tests, waarvan één werd beschreven als "Test Shell 4-Ball". De Voorzitter overwoog daartoe dat deze test traditioneel aangewezen en gekend was en geen goedkeuring van de additiva door Shell, een producent van motorolie inhield. Verder ook dat geen verwarring tussen de produkten van beide firma's te vrezen viel.

De uitspraak kan worden bijgetreden, daar niet blijkt uit het vonnis dat Shell enige schade zou hebben geleden door het gebruik van haar naam. Betreurd kan worden dat de Voorzitter toch meent een beroep te moeten doen op het feit dat partijen geen mededingers zijn, hoewel gesteld wordt dat een band van concurrentie geen vereiste meer is om de WHP toe te passen en verder dat niet duidelijk uitspraak wordt gedaan over het feit of hier geen identificatie van andere handelaars zonder noodzaak plaats greep (260).

Een speciaal geval werd beslecht door de Voorzitter der rechtbank van Koophandel te Mechelen (261).

Een concurrerende handelaar had zich in laagdunkende bewoordingen uitgelaten over de service na verkoop die door eiseres werd geleverd, waarbij zij werd herkenbaar gemaakt door een verwijzing

(259) Voorz. Kooph. Luik, 2 maart 1972, J.C.B., 1972, 488.

(260) Hoewel men kan stellen dat hierop impliciet werd geantwoord door het verwerpen van het verwarringsgevaar.

(261) Voorz. Kooph. Mechelen, 2 juni 1972, J.C.B., 1973, 398, noot A. DE CALUWE.

naar het beroep van haar echtgenoot die postbode was. Motoon werd omwille hiervan opgeroepen om bij haar niet te kopen. Dit school-
 X voorbeeld van persoonlijk vergelijkende reclame diende te worden gestaakt en bovendien werd de bekendmaking van het vonnis op dezelfde wijze als de gewraakte reclame bevolen.

Verboden werd ook de verwijzing op het etiket van een gin-fles naar een fictieve handelsvennootschap met een even fictief stichtingsjaar. Het feit dat de gewraakte mededeling in de Engelse taal werd verstrekt, mocht niet baten ter rechtvaardiging (262). Meermaals stelde een Voorzitter der rechtbank van Koophandel vast dat handelspubliciteit voor een praktisch die strijdig wordt geacht met de bepalingen der WHP, krachtens art. 20, 4° dezer wet evenzeer verboden is (263).

Geen inbreuk op art. 20, 3° WHP (verwarring stichtende reclame) is het voor een garagehouder te vermelden dat hij een zelfstandig dealer of een specialist inzake een bepaald automerk is, daar niets zulke vermelding in de weg staat en zulke vermeldingen niet inhouden dat hij beweert concessiehouder van het merk te zijn (264).

(262) Voorz. Kooph. Charleroi, 26 sept. en 17 dec. 1973, Ing. Cons., 1974, 121 en 129, Mac Alam Ltd.

(263) Voorz. Kooph. Brussel, 29 sept. 1972, R.W., 1972-73, 1151 (1153) met noot P. DE VROEDE, inzake art. 2 tot 4 WHP; Voorz. Kooph. Turnhout, 24 nov. 1972, R.W., 1973-74, 838 (840), noot J. STUYCK; Voorz. Kooph. Oudenaarde, 11 jan. 1973, J.C.B., 1973, 104 (106); Voorz. Kooph. Dendermonde, 26 sept. 1974, niet gepubliceerd, N.M.C.V. v. J. De Wit, alle inzake art. 35 e.v. W.H.P.; Voorz. Kooph. Brussel, 25 nov. 1974, Bull. Hand., 1975, nr. 11-12, 50 (56-57) inzake art. 53 WHP; Kooph. Brussel, 14 jan. 1972, Ing. Cons., 1973, 93; Voorz. Kooph. Kortrijk, 11 okt. 1973, J.C.B., 1975, 60, noot G.L. BALLON, inzake art. 54 WHP.

(264) Voorz. Kooph. Luik, 7 febr. 1974, J.C.B., 1974, 517 en 22 mei 1974, Jur. Liège, 1974-75, 270-271.

In een andere zaak ging het om leugenachtige reclame. Verweerder maakte namelijk een vergelijking met de groothandelsprijs, waaronder zijn prijzen 25% zouden blijven, terwijl hij zich nochtans in de groothandel diende te bevoorraden. De rechtbank trok hieruit het logische gevolg dat ofwel de prijsvergelijking bedrieglijk was, ofwel dat hij met verlies verkocht, wat evenzeer verboden is, terwijl ook de handelspubliciteit voor zulke verkoop een oneerlijk karakter heeft (265). Evenmin genade vond de reclame voor een haargroeimiddel die resultaten beloofde en kwaliteiten aan het produkt toeschreef, die materieel onmogelijk realiseerbaar waren (266). Daartegen werd de reclame voor een speciaal gunstige aanbieding van wijn van een bepaald kasteel en jaar door een grootwarenhuis niet misleidend geacht, hoewel een persoon zich erover had beklaagd dat zeer spoedig na het begin van de verkoop het onmogelijk bleek hem te bevoorraden. Omdat in totaal een stock van 32 maal de normale verkoop van deze wijn was aangelegd en niet voorzienbaar was dat de verkoop zulk groot succes zou kennen dat potentiële kopers zouden moeten worden teleurgesteld, werd misleiding niet weerhouden. Bovendien bleek dat één der belangrijkste oorzaken van de teleurstelling van de kandidaat-koper, het feit dat vergissingen gebeurd waren bij de verdeling van de stock over de verschillende warenhuizen (267).

(265) Voorz. Kooph. Brussel, 17 juni 1974, Bull. Hand., 1975, nr. 9-10, 38-39.

(266) Voorz. Kooph. Brussel, 3 sept. 1974, J.T., 1975, 121; GRUR INT, 1975, 131; J.C.B., 1974, 500, noot G.L. BALLON.

(267) Voorz. Kooph. Brussel, 2 april 1975, J.T., 1975, 381.

245. De belangrijkste tot heden uitgesproken veroordeling betrof de zaak der chirurgische artikelen Synthes (268).

Eiseres Synthes en verweerster Zimmer waren producent en verkoper van instrumenten en apparaten voor de chirurgische behandeling van breuken, ontworpen door eenzelfde Zwitserse medische vereniging AO.

Verweerster richt zich tot haar klientele in volgende bewoordingen:

"Cher client,

...

Très prochainement Zimmer USA sera dans la mesure de fournir à vous et vos clients la gamme complète des implants et instruments, d'après les modèles développés par AO et distribués en Europe par Synthes. Les implants sont fabriqués selon les méthodes de Zimmer et sont conformes à la qualité Zimmer sous tous leurs aspects...

... Les prix seront compétitifs avec ceux de Synthes. Nous proposons que vous ne passiez pas de commandes fermes auprès d'un autre fournisseur avant d'avoir vu ce que nous avons à vous offrir..."

Verder:

"Ce nouveau catalogue traitera d'implants et d'instruments conçus en Suisse par AO et distribués dans la plupart des pays européens par Synthes. Il s'agira de produits Zimmer USA et de qualité Zimmer USA..."

De Voorzitter veroordeelde deze reclame als parasiterende reclame en als verwarringstichtende reclame.

Immers, ter rechtvaardiging van haar handelwijze brengt verweerster geen enkel gebruik, noch het bestaan van enige noodzaak aan dat haar zou toelaten naar Synthes te verwijzen (269). Het feit

(268) Voorz. Kooph. Brussel, 2 april 1973, Ing. Cons., 1973, 54. Besproken bij SCHRIKKER-FRANCO, Belgique, nr. 450 a.

(269) "...; elle n'établit l'existence d'aucun usage lui permettant de faire référence à sa concurrente, vendant les produits conçus par l'association susdite, et, à supposer que la défenderesse ait voulu prétendre qu'il y avait nécessité de faire référence à la société Synthes, elle se serait contredite,..."

dat de Voorzitterhet bestaan verwerpt van enig gebruik dat zou toelaten te verwijzen naar Synthes, lijkt te beduiden dat hij niet bewezen of onmogelijk acht - gezien de verwijzing naar AO - dat de produkten slechts met gebruik te maken van de naam van Synthes zouden kunnen worden aangeduid. Afgezien van enige thans gekende categorie van uitzonderingsgevallen, zou zulke verwijzing ook als een noodzaak kunnen worden beschouwd, i.c. de onmogelijkheid de aangeboden produkten anders te omschrijven dan door gebruik te maken van het merk van Synthes. Gezien de verwijzing naar AO en naar het feit dat Zimmer de apparaten zelf produceert, dient tot het niet-bestaan van enige noodzaak te worden besloten. Ook wat betreft de publikatie, bevolen door de Voorzitter, van zijn vonnis als bijdrage tot het ophouden der gewraakte publiciteit of van haar nawerking, is dit vonnis belangrijk. Het beveelt verweerster namelijk het beschikkend gedeelte mee te delen aan de ontvangers van de gewraakte handelspubliciteit ten laatste de dag nadat het vonnis kracht van gewijsde zal hebben verkregen.

246. Een tweede uitspraak inzake vergelijkende reclame betrof reclame voor industrieel bereid kattenvoedsel (270). Beide partijen waren de enigen die zulk produkt aanboden, terwijl ook qua verpakking, aangeboden gewicht en gebruiksaanduiding gelijkenissen konden worden vastgesteld. Op een bepaald ogenblik voert verweerster een promotiecampagne waartoe zij stalen van haar kattenvoedsel samen met volgende tekst uitdeelt:

"Très important.

Ce cachet ... contient DEUX repas complets pour votre chat, contrairement à un produit pouvant être comparé au nôtre, qui ne contient qu'UN seul repas par sachet. Il est clair que ... réalise

(270) Voorz. Kooph. Brussel, 2 juli 1974, Bull.Hand., 1975, nr. 9-10, 41-42.

une économie en emballage et conditionnement dont nous vous faisons profiter en vous donnant un prix plus avantageux. ... est donc moins cher par repas."

Het verweer dat deze reclame noodzakelijk was verwierp de rechtbank omdat, zo de verweerster verwarring bij de klienteel zou duchten, zij speciaal de aandacht van het publiek kon trekken door zonder vergelijking haar produkt aan te prijzen, mogelijk door superlatiefreclame (271). Bovendien achtte de rechtbank zwartmaking bewezen daar de reclame aan eiseres te hoge prijzen toeschreef wegens een overdreven kostelijke verpakking. Tevergeefs achtte de rechtbank ook het argument dat verweerster de bescherming van de consument beoogde: deze wordt immers normaal door andere middelen dan reclame behartigd.

b. Duitsland.

247. Oorspronkelijk achtte de Duitse rechtspraak de kritisch vergelijkende reclame toelaatbaar (272). In 1917 echter verschi-jnen gelijktijdig in het tijdschrift Markenschutz und Wettbewerb twee bijdragen, namelijk Jozef KOHLER's Persönliche und sachliche Reklame in der Grossindustrie en LOBE's Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame (273), die een eerste poging tot indeling van deze materie vormen. Beiden hebben een belangrijk argument tegen de vergelijkende reclame geformuleerd, dat spoedig door de rechtspraak en de rechtsleer, zelfs in het buitenland, werd overgenomen en nog tot onze dagen invloed uitoefenen

(171) Ibid., blz. 43. De rechtbank verliest echter uit het oog dat zij in een zaak van superlatiefreclame met slechts twee concurrenten, besloot tot de ongeoorloofdheid van zulke reclame: Voorz. Kooph. Brussel, 13 jan. 1971, Ing. Cons., 1971, 33, inzake SALIK, hiervoor besproken.

(272) Zie bv. RG, 26 nov. 1912, MuW, XIII (1912), 337, Sunlight-Seife.

(273) Respectievelijk MuW, XVI, (1916-17), 127 en MuW, XVI (1916-17), 129.

zou (274). Sindsdien mag men zeggen dat vergelijkende reclame principieel krachtens § 1 UWG verboden geacht wordt, om het

(274) KOHLER: "eine Abwägung dieser Verhältnisse (nl. tussen concurrerende producten) ist Sache des Verkehrs, nicht Sache des Reklameparteien, von denen ja auch jede sich selbst sagen muss, dass sie befangen und nicht in der Lage ist, Richter in eigener Sache zu sein." (blz. 128) Volgens BERGMANN R., o.c., blz. 31 is dit argument reeds te vinden bij TRAEGER L., Der Schutz gegen unlautere Konkurrenz in Gebiete des preussischen Landrechts, Beiträge zur Erneuerung des Deutschen Rechts (Gruchot), 36 (1892), 196 (215).

Zie RG, 11 maart 1927, RGZ, 116, 277 (280-81) Konsumverein (Preisvergleich); RG, 6 okt. 1931, GRUR, 1931, 1299 (1301), Hellegold; D.REIMER, o.c., blz. 21; MOHRING, a.c., MA, 1962, 967 (969).

Adde: BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 1968, 645 (646). Verdere verwijzingen bij SCHRICKER, a.c., AcP, 172 (1972), 203 (220). In Nederland: BBERMAN, o.c., blz. 144.

LOBE: "Man darf beim Wettbewerb nicht mit fremden Kalbe pflügen" (blz. 129). Zie dezelfde opvatting, passief geformuleerd, in het zgn. Hellegold-Motiv: "Die Mitbewerber, auch wenn ihre gewerbliche Leistungsfähigkeit tatsächlich geringer sein sollte, brauchen sich nicht gefallen zu lassen, in den fremden Anpreisungen als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit der Anpreisenden verwendet zu werden." RG, 6 okt. 1931, GRUR, 1931, 1299 (1301), een motief dat later herhaaldelijk woordelijk werd overgenomen: zie de verwijzingen bij EICHMANN, o.c., blz. 72, voetnoot 20. Adde: RG, 13 febr. 1934, RGZ, 143, 362 (365), Bromural. Zie ook: GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 903, blz. 260; BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422 (423), noot HARMSEN, Tachkühler: "An einer ... Werbung, bei der die Herabsetzung der Leistung des Mitbewerbers erkennbar nur als Vorspann diene, um die eigene Leistung besser herausstreichen zu können, bestehe aber kein schutzwürdiges Interesse; "zo ook: BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159 (160), Motorjacht. Dit ene argument wordt echter door EICHMANN, o.c., blz. 71 e.v., onder drie hoofdingen (sogenanntes Hellegold-Motiv-Auswerten fremder Arbeit bzw. Leistung-Vorspann für eigene Werbung) uiteengerafeld. Volgens ELSTER, o.c., blz. 50 slaat dit argument slechts op de anlehnend vergelijkende Werbung.

even of de vergelijking op waren of karakteristieken van de economische activiteit van de mededinger betrekking heeft, en zulks ook ongeacht de waarheid of de onjuistheid van datgene wat wordt gezegd (275). Nochtans heeft de rechtspraak gaandeweg erkend dat de mededingers zich over elkaars waren kritisch mogen uitlaten, zo de adverteerder een voldoende reden daartoe heeft en de kritiek inhoudelijk als vormelijk binnen de grenzen blijft van datgene wat door de concrete situatie wordt vereist en zakelijk en waarheidsgetrouw geformuleerd is (276). Tot 1968 waren de interpretatie daarvan en de eruit volgende feitelijke oplossingen ongeveer identisch met deze in andere landen die van een fundamenteel verbod met uitzonderingen uitgingen. Aldus maakte men een uitzondering voor de afwerende zelfverdediging tegen onrechtmatige

(275) RG, 11 maart 1927, RGZ, 116, 277 (280), Konsumverein; RG, 6 okt. 1931, GRUR, 1931, 1299 (1300), Hallegold; BGH, 13 nov. 1951, GRUR, 1952, 416(417), Dauerdose; BGH, 13 juli 1962, GRUR, 1963, 270 (271), noot HEFERMEHL, Bärenfang; BGH, 15 maart 1967, GRUR, 1967, 596 (598), noot UTESCHER, Kuppelmuffenverbindung, KOHLER, a.o., MuW, XVI (1916-1917), 217; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.o., nr. 25 e.v., bij § 1 UWG; BEILER, Lettre de la République fédérale d'Allemagne, J.C.B., 1969, 490 (497); ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 433.

(276) Vgl. NORDEMANN, o.o., nr. 399; HARMSEN Peter, Die neuere Rechtsprechung des BGH zur vergleichenden Werbung, GRUR, 1971, 239; WENZEL, Kritische Werbevergleiche im Blick der neueren Rechtsentwicklung, GRUR, 1969, 522; SEUBERT Richard, Die zulässige vergleichende Werbung, BB, 1960, 965 (968); BGH, 14 juli 1961, GRUR, 1962, 45 (48), noot D. REIMER, Betonzusatzmittel; BGH, 10 juni 1964, GRUR, 1965, 96, noot SEYDEL, 20 % unter dem empfohlenen Richtpreis; BGH, 6 okt. 1965, GRUR, 1966, 92 (94), Bleistiftabsätze, noot KRIEGER; BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443 (444), noot KNOPP, 40% können Sie sparen; BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 1968, 645 (646), Pelzversand; BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1969, 283 (285), noot HARMSEN, Schornsteinauskleidung; BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422 (423), noot KNOPP, Tauchkühler; BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159 (160), noot SCHULZE ZUR WIESCHE, Motorjacht. Adde: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.o., 11, nr. 305 bij § 1 UWG.

mededinging (Abwehrvergleich), de onmisbare verwijzing die tevens de technische of economische voorsprong van het eigen produkt illustreert (Fortschrittvergleich), de verwijzing op verzoek der klanten (Vergleich auf Verlangen der Kunde).

Meestal vernoemt men daarbij in één adem de vergelijking van warensoorten of van aangewende systemen in de loop van het economisch proces of die karakteristiek zijn voor de eigen aard van het eindproduct, zonder verwijzing naar een welbepaald concurrent of welbepaalde groep van concurrenten (Systemvergleich of uneigentliche Fortschrittvergleich), hoewel deze niet onder de vergelijkende reclame in de enge zin valt, aangezien de herkenbaarheid der aangegrepenen faalt.

248. Nochtans heeft deze rechtspraak een zekere evolutie ondergaan, onder invloed van de uitgebreide campagne omtrent de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame (277). Toen deze was gaan luwen (in 1968) werd een evolutie in de rechtspraak ingezet, die zonder het principiële verbod van vergelijkende reclame te herzien, toch meer bewegingsvrijheid schonk aan de adverteerders, en waarvan zelfs de vaandrig der voorstanders van de opheffing van het verbod, Fromut VOLP, verklaarde dat hij het doel van de door hem gevoerde actie voldoende gerealiseerd zag (278).

249. Een eerste aankondiging van de versoepeling gebeurde in het arrest 20 % unter dem empfohlenen Richtpreis, waar werd gezegd dat de vergelijkende reclame rechtmatig is indien zij de hoger geformuleerde eis

(277) Zie voor een uitgebreide literatuurlijst en een overzicht der argumenten: EICHMANN, o.c., blz. 67-127; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 435 e.v. Adde: VOLP, Vergleichende Werbung - letzter Akt, WRP, 1969, 169-172; SCHRICKER, a.c., AcP, 172 (1972), 203; WENZEL, a.c., GRUR, 1969, 522-530.

(278) VOLP, a.c., WRP, 1969, 169.

muleerde algemene regel vervult en de behartiging van een rechtmatig belang dient. Zulk belang zag het arrest in "das schutzwürdige Bedürfnis nach sachgemässer Aufklärung über bestimmte, die Belange der Allgemeinheit berührende Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs wie derjenigen der vertikalen Preisempfehlung begründet werden." (279) De duidelijke bescherming van de belangen van het publiek als een correctief op de bescherming der belangen der concurrenten wier opvattingen bepalend zijn voor de omschrijving der gute Sitten (280), evenmin als de verwijzing naar § 193 StGB en art. 5 GG, welke impliciet gebeurde, mogen overdreven worden, gezien het aangehaalde motief niet doorslaggevend, doch eerder overbodig werd aangehaald en het hier een geval van Systemvergleich betrof. Het arrest wordt nochtans regelmatig geciteerd als belangrijk voor de kentering in de rechtspraak (281). Dit gebeurt in zoverre terecht, dat namelijk vroeger een prijsvergelijking die een groep van concurrenten of alle concurrenten viseerde, strijdig met § 1 UWG werd geacht (282).

In het Kuppelmuffenverbindung-arrest (283) werd een grote verruiming aan de System- en Fortschrittvergleich gegeven.

Een Systemvergleich is niet onrechtmatig "auch, wenn trotz abstrakter Fassung des Systemvergleichs gleichwohl die angesprochenen Verkehrskreise auf Grund ihrer Branchenkenntnis von sich aus in der Lage sind, zu erkennen, welche Mitbewerber nach dem zum Vergleich

(279) BGH, 10 juni 1964, GRUR, 1965, 96 (97), noot SEYDEL.

(280) Daarover uitgebreid: NASTELSKI, Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR, 1969, 322 e.v.; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 81 bij Allg. UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 29 e.v. en 94 e.v.

(281) HARMSEN, a.c., GRUR, 1971, 239 (240); Zo ook: BGH, 10 jan. 1968, 645 (646, links onderaan), Pelzversand.

(282) BGH, 9 okt. 1963, GRUR, 1964, 208, Fernsehinterview.

(283) BGH, 15 maart 1967, GRUR, 1967, 596, noot UTESCHER, Kuppelmuffenverbindung.

herangezogenen System arbeiten, sind gegen die Zulässigkeit eines derartigen Vergleichs wettbewerbsrechtlich keine grundsätzlichen Bedenken zu erheben". (184)

De toelaatbaarheid van zulke vergelijking volgt uit het wezen der concurrentie, "der sich nach Möglichkeit auf die Werbung mit der Leistung als solcher beziehen soll." (285) Vereist is wel dat het totaalbeeld dat wordt opgeroepen juist is. Zulke reclame dient de gebruiker die behoefte heeft aan zakelijke voorlichting, vooral nu het merendeel der reclame oncontroleerbaar en zeer algemeen is.

Zulke reclame die binnen de perken van het door de concrete situatie gevorderde blijft en een rechtmatig belang tegemoet komt, kan niet onrechtmatig zijn. Dit rechtmatig belang kan niet alleen in de persoon van de zich uitende concurrent gelegen zijn, ook het beschermenwaardig belang van het publiek bij zakelijke voorlichting kan dit begronden. M.a.w. de eis van noodzakelijkheid van een impliciete of expliciete verwijzing naar de concurrenten ter illustratie van het eigen aanbod, wordt gedeeltelijk vervangen door de voorlichtende werking voor het publiek die van een juiste en zakelijke System- of Fortschrittsvergleich uitgaat en die door de adverteerder kan ingeroepen worden.

De eigenlijke kentering komt er in het begin van 1968, met twee zeer kort na elkaar uitgesproken arresten.

251. Een eerste was het zgn. Pelzversand-arrest (286). Eiser en verweerder waren handelaar in bont. Aan eiser was vroeger reeds

(284) Zie reeds: BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt. Vroeger was men strenger, zie: ELSTER, o.c., blz. 51.

(285) Deze passus wordt woordelijk hernomen in BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443, noot KNOFF, 40% können Sie sparen.

(286) BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 1968, 645. Pelzversand. Uitvoerig over dit arrest: WENZEL, Wettbewerbsäusserungen und Informationsinteresse, GRUR, 1968, 626 e.v.

op vordering van verweerder verboden geworden met de spreuk : "Pelze geschenkt ? Fast" en met de bewering "sie liefere die in ihrem grünen Katalog (1964) enthaltenen Waren zu aussergewöhnlich niederen Preisen" te adverteren. Kort nadien verscheen in het weekblad "der Spiegel" onder de hoofding Pelzversand en met het onderschrift "Reste von Resten" een artikel waarin onder duidelijk noemen van eiser de waren en prijzen van eiser met de waren en prijzen van verweerder en van andere ondernemingen werden vergeleken. Het artikel bevatte uitspraken als dat het postorderbedrijf van eiser zijn succes mede dankte aan de wijdverbreide onwetendheid en onvertrouwdheid met de branche van pelsenopsmuk zoekende dames en dat de Persianerstukkenmantel van eiser uit pels die schier afval, resten van resten, Persianerflarden gemaakt was, gekoppeld aan knoeiwerk. De auteur van dit artikel had met de firmadirecteur van verweerder over de branche een lang interview, waarbij deze laatste de twee bevelschriften, de verdere procedurestukken over het vroegere geding en de twee laatste catalogi van eiser ter inzage gaf. Bij een volgend bezoek kreeg de directeur het ontwerp van het artikel met het verzoek het te lezen en er gegevens aan toe te voegen over zijn omzet gedurende het voorbij jaar. Dit deed deze.

Na de publicatie wordt een eis tot nalaten der verschillende beweringen en tot schadeloosstelling ingesteld, die in eerste aanleg en beroep werd toegewezen, doch deze veroordeling werd door het BGH opgeheven. Hiertoe overwoog het Hof:

"Mit dem Berufungsgericht ist weiterhin davon auszugehen, dass derjenige, der im Wettbewerbsabsicht Informationen an die Presse mit dem Ziel der Veröffentlichung gibt, sich grundsätzlich an die ihm durch das UWG gezogenen Schranken halten muss. Nach diesen ist es ihm regelmässig untersagt, seine Waren oder Leistungen mit denen eines Mitbewerbers zu vergleichen, soweit nicht im Einzelfall hierzu ein hinreichend begründeter Anlass vorliegt. Die Bedenken, die

gegen die allgemeine Zulässigkeit einer vergleichende Werbung sprechen, nämlich dass der Werbende erfahrungsgemäss der erforderlichen Objektivität entbehrt, um ein zuverlässiger und neutraler Richter in eigener Sache zu sein, gelten gegenüber Presseinformationen sogar in verstärktem Masse. Denn der Leser kann in der Regel der Presseveröffentlichung den Informanten nicht entnehmen. Er wird sie als Aeussderung eines unbeteiligten Dritten ansehen und ihr daher grösseres Gewicht beilegen als Aeussderungen eines Wettbewerbers, der unter seinen Namen hervortritt (287). Aus diesem Grunde wird er auch eine etwaige subjektive Fassung des Presseberichts nicht in Rechnung stellen, was er aber bei einem unter dem Namen des Wettbewerbers offen geführten Wettbewerbskampf tun würde."

Dit geldt ook voor het gebruik van wetenschappelijke adviezen in de reclame : gebeurde de opstelling ervan in opdracht, dan moet dit feit vermeld worden (288). Dit geldt evenzeer voor de pers, zoniet zou onder de dekmantel van een objectieve, neutrale persmededeling in feite oneerlijke reclame worden gemaakt, wat in plaats van het algemeen belang bij een objectieve verbruikersvoorlichting te dienen, de marktdoorzichtigheid nog meer in gevaar zou brengen.

Verder is, in het geval dat een persinformatie door concurrenten wordt verschaft met publicatie als doel, voor de rechtmatigheidsvraag niet doorslaggevend of de informatie aangezocht werd, dan wel zelf het initiatief nam voor de publicatie van zijn grieven (289).

(287) Onder verwijzing naar BGH, 7 juni 1967, GRUR, 1968, 382, noot KRIEGER, Favorit II.

(288) Onder verwijzing naar: BGH, 17 nov. 1960, GRUR, 1961, 189, Rippenstreckmetall. Vgl. RG, 25 nov. 1939, RGZ, 163, 167 Cormed/Coramin en RG, 21 febr. 1940, GRUR, 1940, 308 (312), Dextropur. Adde: BGH, 25 okt. 1970, WRP, 1971, 26, GRUR, 1971, 153, noot DROSTE, Tampax.

(289) Het Hof voegt er trouwens aan toe dat het beroepsgeheim van de journalist een bewijsvoering over dit punt vaak onmogelijk zal maken.

Veel belangrijker is dat men nagaat of aan de gegeven informatie niet "ein ernsthaftes Interesse der Allgemeinheit bestand und die Presse eine ihr aufgetragene legitime Aufgabe erfüllte, indem sie die Oeffentlichkeit über die fraglichen wettbewerblichen Sachverhalte unterrichtete. Besteht an dem Gegenstand der Information ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit, so könnte eine uneingeschränkte Bindung der Mitbewerber an die strengen Regeln des Wettbewerbsrecht zu einer Behinderung der Presse bei der Erfüllung ihrer im GG verankerten Aufgaben führen. Soweit die Presse ein berechtigtes Interesse hat, die Oeffentlichkeit über fraglichen wettbewerblichen Tatbestände aufzuklären (290) würde ihr in solchen Fällen vielfach - zumal bei Fragen, die Fachkenntnisse voraussetzen - eine wesentliche, unter Umständen die einzige sachkundige Informationsquelle verschlossen bleiben, wenn ein Mitbewerber der Presse gegenüber schlechthin zum Schweigen verurteilt wäre, Sobald andernfalls mit der Veröffentlichung von Preis - oder Warenvergleichen oder einen Mitbewerber herabsetzenden Tatsachen zu rechnen wäre."

Hierbij wordt ook verwezen naar het Lüth-arrest (291) omtrent de verhouding burgerlijk recht tegenover de grondwet. Dienvolgens moet het belang van de concurrent wijken tegenover het algemeen belang, zodat, in omstandigheden als hierboven aangehaald, de door een concurrent verstrekte informatie niet tegen de gute Sitten van § 1 UWG indruist.

Hierna formuleert het Hof een nieuwe nuancering, naast de reeds bestaande, op het principieel verbod van vergelijkende reclame:

(290) BGH, 21 juni 1966, GRUR, 1966, 633 (635), noot WENZEL, Teppichkehrmaschine; Adde: BGH, 17 mei 1960, GRUR, 1960, 505 (507), Inseratensperre; BGH, 18 dec. 1962, GRUR, 1963, 277 (278), noot FREIIN VON EREFFA, Maris; BGH, 21 febr. 1964, GRUR, 1964, 392 (394), noot DROSTE, Weizenkeimöl.

(291) BVerfG, 15 jan. 1958, BVerfGE, 7, 198 (209), Lüth.

"Dies steht auch mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur vergleichenden Werbung in Einklang. Nach dieser sind vergleichende Angaben wettbewerblicher Art seitens eines Mitbewerbers zugelassen, wenn sie aus bestimmten Gründen erforderlich sind, etwa im Fall der sog. System- oder Fortschrittsvergleichs oder wenn die Angaben auf ausdrückliches Befragen des Kunden gemacht werden oder wenn sie zur Abwehr erforderlich sind. Auch der Anspruch der Öffentlichkeit, durch die Presse über solche wettbewerbliche Tatbestände aufgeklärt zu werden, an denen ein ernsthaftes Informationsinteresse besteht, kann es erfordern, dass die Presse sich zu ihrer eigenen Meinungsbildung der Unterrichtung durch einen Mitbewerber bedient. Dann besteht aber auch für den Informanten ein hinreichender Anlass, der Presse gegenüber die zur Aufklärung erforderlichen und sachlich richtigen Angaben zu machen. In solchen Fällen muss es dem Mitbewerber selbst dann gestattet sein, eine objektiv richtige und sachlich gehaltene Information zu erteilen, wenn diese zwangsläufig zu einem Preisvergleich oder einem sonstigen Vergleich von Vorzügen und Nachteilen bestimmter Waren oder Leistungen führt und ihm bewusst ist, dass die geplante Presseveröffentlichung geeignet sein kann, seinen eigenen Wettbewerb oder den eines Dritten zu fördern oder fremden Wettbewerb zu beeinträchtigen."

Hierna volgt een voor het handelsleven belangrijke passus, omdat hij nieuwe mogelijkheden schept voor kritische vergelijkingen en het rechtzetten van oneerlijke reclame- en handelspraktijken:

"Eine Unlauterkeit der Handlungsweise des Informanten kann nicht nur dann zu verneinen sein, wenn bei Vorliegen eines ernsthaften Informationsinteresses der Allgemeinheit die Presse mit der Bitte um Aufklärung an ihn herangetreten ist. Sie kann vielmehr auch dann fehlen, wenn der informierende Wettbewerber von sich aus die Presseveröffentlichung angeregt hat. Grundsätzlich wird zwar davon auszugehen sein, dass in diesem Fall der als Informant auftretende Wettbewerber eigene wettbewerbliche Ziele verfolgt. Handelt es sich

aber um Misstände, die das Allgemeininteresse in schwerwiegender Weise berühren und von denen nur Mitbewerber Kenntnis haben, so kann es nicht als sittenwidrig im Sinne des §1 UWG angesehen werden, wenn einer der Mitbewerber mit dem Ziel einer entsprechenden Veröffentlichung an die Presse herantritt."

Lijkt het op grond van deze passus slechts een kleine stap om de Abwehrvergleich in de eigen reclame veel soepeler te gaan opvatten, toch blijft het Hof, zij het in de aangehaalde voorbeelden vooral, de nadruk leggen op de reactie tegen bedrog, zodat de verruiming der uitzonderingen in het belang van het publiek niet kan veralgemeend worden. Het Hof zelf meent dat het onderzoek naar de rechtvaardiging der mededeling op grond van deze regel een feitelijke aangelegenheid is. Het openstellen der laatste mogelijkheid is een overwinning voor het gezond verstand. Inderdaad kan men van de concurrenten niet verwachten dat zij een bepaalde gedraging van een mededinger die voor hen relatief onschadelijk is, doch vooral de belangen van het kopende publiek raakt, en die hen alleen bekend is, zouden doen beteugelen. Dit brengt voor hen kosten mede die zij tegenover zichzelf economisch niet kunnen rechtvaardigen. Hier is de pers werkelijk de aangewezen instantie waar zulke laakbare handelingen dienen aan de kaak te worden gesteld. Van de informant kan daarbij alleen geeist worden dat hij deze omstandigheden niet op een niet ter zake doende wijze te zijnen gunste uitsluit.

Het arrest kan als volgt worden samengevat en gesitueerd:

- a. 1. Een bevestiging van het traditionele regel-uitzonderingen systeem inzake vergelijkende reclame
2. Hetzelfde geldt voor persinformatie waarvoor een concurrent de bron was.
- b. 1. Verruiming (292) met een nieuwe uitzondering in het belang

(292) Voordien was de rechtspraak strenger: BGH, 21 febr. 1964, GRUR, 1964, 392 (394), noot DROSTE, Weizenkeimöl.

van het publiek.

2. doch ook gegrond in het feit dat men de taak der pers van voorlichting op het economische vlak niet in sommige belangrijke gevallen mag onmogelijk maken.

c. Daar het in dit arrest voornamelijk om misstanden gaat die moeilijk of niet via een Abwehrvergleich kunnen beteugeld worden, wordt een nieuwe mogelijkheid van verweer tegen onrechtmatige praktijken geschapen, waaruit evenwel toch tot een voorzichtige verruiming van de Abwehrvergleich kan besloten worden.

d. Tenslotte dient erop gewezen te worden:

1. dat dit arrest eerder een exponent is van de algemene evolutie die plaats greep in Duitsland inzake de voorrang die men wenst toe te kennen aan het recht op vrijheid van meningsuiting op het recht op de handelszaak en de commerciële bedrijvigheid, dan dat het een fundamentele vernieuwing biedt inzake het recht der vergelijkende reclame. Met name mag men eruit niet besluiten dat de vroegere rechtspraak die de reclame in grote mate de bescherming der pers- en meningsuitingsvrijheid ontzegt, hierdoor zou zijn achterhaald.
2. Dat er nochtans een duidelijke parallel wordt getrokken naar het recht inzake kritische reclamebeweringen, inzoverre ook hier de vraag naar de toereikende reden om over de economische prestaties van een welbepaald ondernemer te berichten, wordt besproken. Deze toereikende reden zal men breder moeten opvatten zo het om een persmededeling gaat waarvoor de informatie werd verstrekt door een mededinger, dan wel zo het om vergelijkende reclame gaat. Andersom stelt het arrest terecht dat, gezien de grotere geloofwaardigheid in de ogen van het publiek, strengere eisen moeten gesteld worden aan de objectiviteit van de berichtgeving door de pers, dan wel zo het om reclame

gaat (293).

3. dat de speciale omstandigheden die aan dit geval ten grondslag lagen niet mogen uit het oog verloren worden, omdat zij de aanvaarding van de uitzondering helpen verklaren (294).

252. Duidelijker en algemener wordt de regel geformuleerd in het arrest 40 % können Sie Sparen (295), hoewel het ging om een prijsvergelijking waar geen enkele individuele concurrent direct of indirect herkenbaar werd aangeduid, doch alle concurrenten uit dezelfde plaats en de producent van het van het merkartikel via de door hen gevraagde aanbevolen prijs, door de reclame werden gevisseerd.

Volgens dit arrest zal de "Preisvergleich, der weder bestimmte Mitbewerber beim Namen nennt noch sie unnötigerweise erkennbar macht, nicht notwendig unlauter (...) sein, wenn er sich nach Art und Mass im Rahmen des Erforderlichen hält und der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses dient."

Hierna wordt verwezen naar het arrest Kuppelmuffenverbindung (296), en wordt aangestipt dat deze opvatting overeenstemt met die van het Bundeskartellamt. Dit had inderdaad vroeger (297) verklaard dat "Wer ein bestimmtes Produkt billiger anbieten kann als seine Mitbewerber, sollte auch die Möglichkeit haben, in seiner Werbung den Verbraucher in Wahrheitsgemässer, sachlicher Form, auch durch

(293) Aldus: KRIEGER, noot sub BGH, 20 juni 1969, GRUR, 1969, 624 (629) onder verwijzing naar BGH, 13 nov. 1951, GRUR, 1952, 416, Dauerdose. Adde: BGH, 7 juni 1967, GRUR, 1968, 382, noot KRIEGER, Favorit II; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., 11, nr. 325 bij § 1 UWG.

(294) Vgl. WENZEL, a.c., GRUR, 1969, 522 (527).

(295) BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443, noot KNOPP.

(296) BGH, 15 maart 1967, GRUR, 1967, 596, noot UTESCHER, waarover supra. Zo ook: OLG Celle, 21 febr. 1969, WRP, 1969, 246.

(297) BKartA, 18 maart 1963, VV, 1963, 492, Kraftfahrzeughandel en 30 dec. 1963, BB, 1964, 145, Immobilienmakler.

Preisvergleich, auf diese Leistung aufmerksam zu machen."

Het BGH stelt daarop principieel dat een toereikende grond voor vergelijkende reclame in de waarneming van rechtmatige belangen kan gelegen zijn en dat zulk belang niet louter in hoofde van de persoon van de concurrent kan gevonden worden, doch evenzeer gerechtvaardigd kan zijn vanuit het beschermenswaardig belang van het publiek op zakelijke en juiste voorlichting (298).

Volgens dit principe zal de vergelijkende reclame ook door rekening te houden met het belang van het publiek bij objectieve voorlichting kunnen rechtmatig geacht worden en zal men daaruit een toereikende grond ter verwijzing naar de concurrenten kunnen puren. Met een wordt niet alleen de reclame tot instrument van verbruikersvoorlichting verheven, doch laat men de bescherming der verbruikersbelangen interpretatiebepalend ingrijpen op de inhoud van de concurrentierechtelijke gedragsnormen (299).

Daarnaast poneert het Hof dat een toereikende grondslag voor het maken van vergelijkende reclame wordt gevonden in het feit dat zij de enige mogelijkheid is om de voordelen van de geadverteerde waren met het oog op een efficiënte reclamewerking (werbewirksam) te illustreren (300).

253. Maar het duidelijkst kwam de mildere houding van het BGH tot uiting in het arrest Schornsteinauskleidung (301).

Beide partijen in het geding fabriceren schoorsteenpijpen. Eiseres had haar systeem in een bank zien plaatsen, waar het door een schoorsteenexplosie dermate was beschadigd dat een totale vervanging

(298) De algemene regel is dat overal waar alle consumenten of een gedeelte ervan als object van de concurrentiehandeling direct in hun belangen worden getroffen, de opvattingen van hen, tot wie zich deze concurrentiële handeling richt, niet onbeaakt mogen blijven: BGH, 8 juli 1955, GRUR, 1955, 542 (542), Bestattungswerbung.

(299) SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR AIT, 1970, 32 (40 en 43).

(300) Later herhaald door: BGH, 29 mei 1970, GRUR, 1970, 521, noot NORDEMANN, gena-frei II. Vgl. BGH, 26 febr. 1960, GRUR, 1960, 384 (387), Nampe Halb und Halb.

(301) BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1969, 283, noot HARMSSEN. .../...

ervan noodzakelijk werd. Toen dit bekend werd trachtte ook verweerster de bestelling hiervoor los te krijgen en onderhandelde daartoe met de architect der bank. Deze laatste vroeg de vertegenwoordiger van verweerster naar de toen nog onbekende oorzaak van de explosie. Volgens de vertegenwoordiger had de architect gevraagd dat in een vertrouwelijk schrijven met aangifte van referenties een vergelijking tussen beide systemen zou worden gegeven. Dit gebeurde. Eiseres vordert tot nalaten van dergelijke reclame, waarin met aangifte van referenties een zeer negatief oordeel over de waarde van haar bekledingsmateriaal voor schoorsteenpijpen wordt gegeven. Nadat Land- en Berufungsgericht de eis hadden toegewezen deed het BGH deze uitspraak gedeeltelijk teniet.

Daartoe bevestigde het Hof eerst dat het schrijven geen suggestieve slogans zonder zakelijke impact bevatte (302), en dat verweerster zich niet diende te beperken tot het vermelden van louter feitelijke gegevens, doch ook de zich uit deze feiten opdringende waardeoordelen mocht bekendmaken.

Dan rijst de vraag of er een voldoende reden bestond om de eigen waar met die van de concurrent te vergelijken en of de adverteerder zich daarbij binnen de perken van het door de concrete situatie gevorderde en van de waarheidsgetrouwe en zakelijke uiteenzetting hield. Hierover stelde het arrest o.a. het volgende:

(301) / ... Een gelijk aardig geval werd beslecht door OLG Düsseldorf, 29 juni 1962, GRUR, 1964, 36, Kläranlagen.

(302) De verbreiding daarvan is verboden, zelfs zo de voorwaarden voor een toelaatbare verwijzing naar de concurrenten verenigd zijn: Systemvergleich: BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt; BGH, 15 maart 1967, 596, noot UTESCHER, Kupelmuffenverbindung; BAUMBACH-HIEFERMEHL, o.o., nr. 46 bij § 1 UWG. Abwehrvergleich: BGH, 12 maart 1954, GRUR, 1954, 337, Radschutz. Fortschrittvergleich: BGH, 28 febr. 1958, GRUR, 1958, 485, Odol. Vergleich auf Verlangen der Kunde: BGH, 26 juni 1959, GRUR, 1959, 488, Konsumgenossenschaft.

"Bei der Prüfung, ob ein hinreichender Anlass anzuerkennen ist, darf nicht schematisch allein darauf abgestellt werden, ob einer in der Rechtsprechung bereits anerkannten Sonderfälle vorliegt. Denn die Staathaftigkeit kann sich im Einzelfall aus dem Wesen des Wettbewerbs ergeben, der sich nach Möglichkeit auf die Werbung mit der Leistung als solcher beziehen soll, so dass es in einer Zeit, in der die Werbung mehr und mehr zu nicht nachprüfbaren, allgemein gehaltenen Angaben übergeht, nur erwünscht ist, wenn der Verbraucher durch sachbezogene Werbung Wahrheitsgemäss aufgeklärt wirdt." (303)

Gezien de omstandigheden: de ingestorte schoorsteen (door eiseres geplaatst) diende te worden vervangen en het gesprek werd gevoerd tussen de vertegenwoordiger van verweerster en een vakkundig architect, kan men het optreden van de vertegenwoordiger, die een vraag naar opheldering vanwege de architect duidelijk provokeerde, uitzonderlijkerwijze voor onschadelijk houden. In zulke situatie

(303) Deze passus gaat terug op het arrest Kuppelmuffenverbindung, waarover supra, doch wordt hier veralgemeend over alle uitzonderingsgevallen heen, waar het in het arrest Kuppelmuffenverbindung alleen om een System- of Fortschrittvergleich ging. Zo ook: BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443, noot KNOPP, 40% können Sie sparen; BGH, 30 okt. 1963, GRUR, 1964, 33, Bodenbeläge en BGH, 29 maart 1960, GRUR, 1961, 237, Tok-Band.

Betreurd kan worden dat het Hof dit niet verder heeft uitgediept en geen argument heeft geput uit de contractsvrijheid van de adverteerder: deze rechtvaardigt principieel zijn demarche bij de architect, eerder dan het wezen van de concurrentie, een vaag criterium. Ook is het eerder ongelukkig, gezien de speciale omstandigheden van dit geval, de nadruk principieel te leggen op de zakelijke voorlichting van de verbruiker: kan men immers een bank en een architect (in de uitoefening van zijn beroep) verbruikers noemen die bedreigd worden door onzakelijke voorstellingen in de reclame waar het om een speciale soort van schoorsteenpijpen en -bekledingsstoffen gaat? Als principe uitgaan van de vrijheid van handel en de contractsvrijheid van de adverteerder en van de bank tegenover de vrijheid van de betrokken concurrent ware logischer, daar zij wezenlijk zijn voor het wezen der concurrentie. Bij de belangenafweging kon de rechter dan nog dezelfde motivering gebruiken als hij nu deed.

het nalaten van elke vergelijking eisen, komt het Hof levensvreemd voor. Op het bezwaar dat, gezien de gesloten relaties waarin de medelingen gebeurden, eiseres zich niet kon verantwoorden, antwoordt het Hof met een verwijzing naar de deskundigheid van de architect, die toch deze eenzijdige aanprijzing en het belang van zijn opdrachtgevers eens kritisch overdenkt.

Het belang van dit arrest mag niet overdreven worden. De situatie geleeek erg op die welke een vergelijking op vraag der klanten wetigt. De beweringen werden trouwens ook in een zeer beperkte kring verspreid. Bovendien wijst het Hof zeer duidelijk op de concrete omstandigheden die in dit geval voorlagen. Derhalve moet men besluiten dat, ook wanneer men aanvaardt dat het Hof hier tot een duidelijke verruiming der uitzonderingsgevallen overging, de mogelijkheden om vergelijkende reclame te maken, niet sensationeel werden verruimd door dit arrest (304).

Wel lijkt de ommekeer in de formulering van het principiële uitgangspunt belangrijk. Hoewel het Hof vasthoudt aan het regel-uitzondering-systeem, toch wordt zeer nauw aanknoping gezocht bij de werkelijkheid van elk geval. Is er een verwijzing in de reclame naar de concurrenten, dan moet de rechter zeer nauwkeurig nagaan of in de concrete omstandigheden van het voorliggende geval dergelijk gedrag zich niet opdrong als de normale gang van zaken (t.t.z. dat niet vergelijken levensvreemd zou voorkomen). Slechts in tweede instantie zijn de sinds jaren door een overvloedige rechtspraak en rechtsleer nauwkeurig omschreven en vastgelegde uitzonderingen belangrijk: zij zijn namelijk zo veelvuldig voorkomende situaties, dat men over hen als over gewoonterecht mag spreken, zodat én mededin-

(304) In het Pelzversand-arrest had het Hof ook reeds een mildere houding aangenomen tegenover het provoceren van een vraag naar informatie. Daarom was de vraag of de uitleg door de architect al dan niet werd gevraagd, hier van ondergeschikt belang.

gers én rechters hier een veel groter houvast hebben ter beoordeling.

254. Hierop volgt het arrest Tauchkühler (305), waarin de regel wordt herhaald, geformuleerd in het arrest 40% können Sie sparen (306), doch deze regel doorgetrokken wordt buiten de grenzen der prijsvergelijking. In concreto preciseert het Hof dat reclame ook de aangepastheid van bestaande producten aan de komende technische, economische of sociale evolutie mag beoordelen, aangezien het publiek daaraan een duidelijk belang hecht. Voorwaarde blijft steeds dat de vergelijking objectief gebeurde.

Lijkt deze formulering neer te komen op een onbeperkt toelaten van vergelijkende reclame (307), dan mag men toch het belang dat in concurrentie-zaken steeds aan de concrete situatie toekomt, niet vergeten. Ook hier wordt dit belang van het verbruikerspubliek zo uitvoerig behandeld en zo sterk gekoppeld aan de concrete situatie, dat de algemene regel daardoor in zekere mate wordt gecorrigeerd. Daartoe moet ook gewezen worden op het feit dat het Hof het voortdurend heeft over het feit dat systemen vergeleken worden en dat de reclame van verweerster in zekere mate ook elementen der vergelij-

(305) BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422, noot KNOFF.

(306) BGH, 3 febr. 1968, GRUR, 1968, 443, noot KNOFF.

(307) Aldus KNOFF in zijn noot onder het arrest: GRUR, 1970, 424 (425): "Das Urteil zeigt, dass sich, sofern die beiden genannten Voraussetzungen erfüllt sind (nl. juistheid en zakelijkheid), Schranken für leistungsbezogene Vergleiche im wesentlichen nur noch in der Richtung entwickeln lassen, dass der Vergleich einen Informationsgehalt aufweisen muss. Sobald Werbevergleiche solchen Gehalt aufweisen, sind sie - wenn man die Anerkennung des Verbraucherinteresses an sachgemässer Aufklärung folgerichtig durchführt - in aller Regel zulässig. Man wird in solchen Fällen praktisch nur noch zu fragen haben, ob Anlass bestand, sich gerade mit den Leistungen des bestimmten, angegriffenen Mitbewerbers kritisch zu befassen und diesen in der geschehenen Form erkennbar werden zu lassen. Ist der angegriffene Gegner ein marktstarkes Unternehmen, so wird das selten zu verneinen sein. Im übrigen wird für einen besonderen Tatbestand des "Fortschrittsvergleichs" in Zukunft kein Raum mehr sein: Entscheidend ist, ob ein "Aufklärungs-" oder "Informationsvergleich" vorliegt."

king als verdediging tegen een vroegere aanval in de reclame van eiseres en der Fortschrittvergleich bevat.

Hoewel de algemene regel de behartiging der verbruikersbelangen als toereikende reden ziet en aldus de uitdrukkelijke verwijzing naar een concurrent kunnen rechtmatig maken, toch meende het Hof voordien te moeten poneren dat het in dit geval grotendeels om een "Systemvergleich" ging, die abstract was gesteld, doch waarvan de aangesprokenen op grond van hun branchekennis in staat waren te bepalen welke concurrenten produkten in de handel brachten volgens het systeem dat ter vergelijking werd gebruikt (308). Wat het publiek bijzonder interesseren moest, volgens dit arrest, was of de aangeboden melkkoelers ook zouden opgewassen blijken om te voldoen aan thans nog niet aan hen gestelde, doch voorzienbare vereisten van gebruik. Indien dit voor een bepaald systeem niet gerealiseerd is, dan wordt het publiek slechts dan daadwerkelijk door de reclame geïnformeerd, wanneer wordt medegedeeld dat een concurrerend systeem deze mogelijkheden niet biedt, terwijl het publiek dit van de concurrerende waren verwacht. Deze omstandigheid is een vorm van noodzaak die de vergelijking kan rechtmatig maken.

255. Dat de vier traditionele uitzonderingen nog niet hebben afgedaan, doch dat zij bij de interpretatie van wat een "hinreichende Anlass" tot vergelijkende reclame is, terdege medebepalend zijn, blijkt uit het Motorjacht-arrest (309). In vergelijking met het Tauchkühler-arrest, lijkt het zelfs een stap terug te betekenen daar hier wat betreft andere dan voorlichtingsbelangen in hoefde van het publiek (i.e. reclame met de zeewaardigheid van een Motorjacht, wanneer dit onjuist is en dus in gevaar brengen van

(308) BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422 (423) onder verwijzing naar BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt.

het koperepubliek) strengere eisen stelt: met name eist het arrest dat niet alleen het publiek ernstig in gevaar moet zijn gebracht door de misleidende voorstelling van zaken, maar bovendien dat het gevaar op geen andere wijze dan door er duidelijk attent op te maken vanwege een mededinger kan worden bezworen. SCHULZE ZUR WIESCHE (310) wijst er in zijn noot onder het arrest op dat in het Tauchkühler-arrest slechts werd vereist dat een belang bij voorlichting in hoofde van het publiek zou bestaan over een voor de aankoopbeslissing belangrijke eigenschap. Zulke eigenschap is zeker de zeewaardigheid van een motorjacht. De verstrenging wordt echter gedeeltelijk tenietgedaan door de omstandigheden van het geval. Immers weerom ging het om mondelinge informatie verstrekt aan een kandidaat-koper op een handelsbeurs, waar beide partijen in het geding een stand hadden. Belangrijk in dit arrest is dat het stelt dat het zonder belang is of de adverteerder naast het algemeen belang ook uit eigenbelang handelde en welke belangenbehartiging voor hem uiteindelijk maatgevend was bij zijn optreden. Belangrijk is dat de adverteerder door de reclame het algemeen belang diende en dat zijn reclame binnen de perken noodzakelijk voor een objectieve informatie bleef.

256. Indien met het Motorjacht-arrest de evolutie der rechtspraak over het probleem der vergelijkende reclame voorlopig als afgesloten mag worden beschouwd, dan kan men de houding van het BGH tegenover de kritische vergelijkende reclame als volgt karakteriseren: Het Hof blijft vasthouden aan de principiële onrechtmatigheid van vergelijkende reclame. Als argument daarvoor worden hoofdzakelijk de eis van concurreren door het roemen op de eigen prestaties en

(309) BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159, noot SCHULZE ZUR WIESCHE.

(310) GRUR, 1971, 161. Vgl. OLG Hamburg, 18 dec. 1969, WRP, 1970, 157: waarschuwen tegen een zwendelfirma in de reclame is toegelaten.

het feit dat de concurrent wiens economische prestaties ter vergelijking worden aangetrokken zulks niet hoeft te dulden, behoudens zo de adverteerder naast zijn eigenbelang een doorslaggevende reden kan aantonen (311). Gezien de uitgebreide kritiek erop, mag het argument als zou de concurrent niet in staat zijn tot onaanvechtbare en waardevolle vergelijkingen, als opgegeven worden beschouwd (312).

Van het principiële verbod mag slechts worden afgeweken, zo diegene die de reclame voert een voldoende reden daartoe kan aantonen, de kritiek zowel inhoudelijk als naar de vorm binnen de grenzen blijft van datgene wat door de concrete situatie wordt vereist en deze kritiek bovendien juist is en zakelijk werd geformuleerd (313).

Een voldoende reden bestaat zo het publiek een beschermenswaardig belang kan worden toegemeten dat door de vergelijkende reclame wordt behartigd. In de eerste plaats is dit zijn recht op gezondheid, leven en lichamelijke integriteit (314), zijn recht op voorlichting nopens de voor de aankoop bepalende karakteristieken van een zaak (315) en zijn recht op vrije besteding van zijn inkomen (316).

(311) Zie de supra besproken arresten.

(312) Voor een uitvoerig overzicht met talrijke verwijzingen, zie: RICHMANN, o.c., blz. 100-115. Adde: WENZEL, a.c., GRUR, 1969, 522 (528). Zie nochtans: BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., 11, nr. 272 en 307 bij § 1 UWG.

(313) Verwijzingen supra, noot 302, blz. 527. Daarover: ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 434 e.v.; BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c. 11 nr. 304 e.v. bij § 1 UWG. Zie recent OLG Frankfurt-Main, 8 okt. 1970, BB, 1971, 59: "Die Antragsgegnerin hätte durchaus auf die 'Vornehmheit' ihrer Erzeugnisse hinweisen können, ohne damit einen erkennbaren und unsachlichen Seitenhieb gegen die Antragstellerin zu richten. Diese nicht erforderliche 'Finalität' oder 'Zielrichtung' des Warenvergleichs, dem zugleich ein herabsetzendes Element anhaftet, ergibt sich aus den Worten..."

(314) BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159, noot SCHULZE ZUR WIESCHE, Motorjacht.

(315) BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422, noot KNOPP, Tauchkühler.

(316) BGH, 10 juni 1964, GRUR, 1965, 96, noot SEYDEL, 20 % unter dem empfohlenen Richtpreis; BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443 (444), noot KNOPP, 40% können Sie sparen.

Deze belangen van het kopende publiek rechtvaardigen het niet immer dat vergelijkende reclame zou worden gemaakt, zo deze maar aan de voorwaarden van objectiviteit en zakelijkheid voldoet (317), zeker mag het publiek worden voorgelicht wanneer het erom verzoekt (318), terwijl de rechtspraak ook een brede houding aanneemt tegenover uitgelokte verzoeken (319). Verder ook zo de vergelijking een rechtzetting betreft van onrechtmatige kritiek van een der concurrenten (320) of van onjuiste voorstellingen die zij adverteren over hun waren (321), die een ernstige schadebedreiging inhouden voor het erop vertrouwend publiek. Dat art.5 GG totale voorsprong zou verlenen aan de belangen van de consumenten boven die der concurrenten, indien door correcte feitenweergave vergelijkende reclame wordt gevoerd (322), lijkt des te twijfelachtiger, aangezien het niet zeker is of art.5 GG in zijn geheel op feitenbeweringen (323) en op reclame (324) toepasselijk is. De evolutie in de rechtspraak

(317) Aldus ten onrechte : NORDEMANN, o.c., nr. 343 e.v.; WENZEL, a.c. GRUR, 1969, 522 (526). Zoals hier: BGH, 3 mei 1974, GRUR, 1974, 666 (668), noot PIETZCKER; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., 11, nr. 305 bij § 1 UWG.

(318) Zie o.a. BGH, 5 juni 1956, GRUR, 1957, 23 (24), Bündner Glass; BGH, 26 juni 1959, GRUR, 1959, 488 (491), Konsumenten-Gesellschaft.

(319) BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 1968, 645, Pelzversand; BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1969, 283, noot HARMSSEN, Schornsteinauskleidung.

(320) Vgl. BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt; BGH, 30 nov. 1966, GRUR, 1967, 308, noot KRIEGER, Backhilfsmittel.

(321) Ongeacht of de concurrent deze onjuiste voorstelling wel: BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159, noot SCHULZE ZUR WIESCHEN, Motorjacht: dan niet in het leven riep: BGH, 19 dec. 1960, GRUR, 1961, 288, Zahnbürsten.

(322) Aldus WENZEL, a.c., GRUR, 1969, 522 (528) met verwijzingen.

(323) Daarover supra w. 99. Vgl. BOUMEMA P.J., o.c., blz. 37-40.

(324) De reclame is geen meningsuiting. Zie verwijzingen bij EICHMANN, a.c., GRUR, 1964, 57 (60), doch zij is wel beschermd door de pers- en informatievrijheid. Nochtans is bij specialisten in het mededingingsrecht de opvatting dat art.5 GG integraal voor de reclame geldt, de heersende: BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 45 bij § 1 UWG; EICHMANN, o.c., blz. 69-70 met verwijzingen.

over de verhouding meningsuitingsvrijheid tegenover het recht op de handelszaak en de commerciële activiteit geldt niet zo de adverteerder niet duidelijk kan aantonen dat het publiek duidelijk belang had bij de gevoerde reclamecampagne. En zelfs dan nog kan men argumenteren dat, gezien de duidelijke beperking die § 1 UWG stelt aan art.5 GG, een beroep op dit laatste overbodig zal zijn in de meerderheid der rijzende conflicten.

Het belang van de adverteerder mag echter daarbij niet uit het oog verloren worden. Zonder dat hij een belang kan aantonen bij de gevoerde reclamecampagne, kan hij niet optreden als waarnemer van het algemeen belang. Te zijnen voordele heeft de rechtspraak aanvaard dat men moet rekening houden met de situatie waarin hij zich bevindt wanneer hij vergelijkingen maakt. Zo werd gesteld dat men niet tegen de normale levenservaring in van hem mag eisen dat hij geen vergelijkingen zou maken wanneer de concrete situatie waarin hij zich bevindt, daartoe aanleiding geeft (325) en dat hij de vergelijking mag doorvoeren binnen de perken der objectiviteit, met het oog op een efficiënte uitwerking van zijn reclame (werbewirksam) (326).

Verder is er het belang der aangegrepen mededingers. Dat zij niet beschermingsloos mogen blijven, hoeft geen betoog. Vandaar dat er steeds een zekere noodzaak, die de vergelijking wettigt, dient voorhanden te zijn opdat hun belangen, niet als springplank te dienen voor de economische bedrijvigheid der concurrenten, zouden kunnen worden ondergeschikt gemaakt worden aan de belangen van de adverteerder en zelfs aan het algemeen belang of het belang van de ver-

(325) BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1968, 283 (265), noot HARMSSEN, Schornsteinauskleidung.

(326) BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443, noot KNOFF, 40% können Sie sparen; BGH, 29 mei 1970, GRUR, 1970, 521, noot NORDEMANN, gena-frei II.

bruikers. Weerom kan geen afgesloten catalogus van gevallen worden gegeven. Onbetwist is dat zelfverdediging tegen een onrechtmatig optreden van een mededinger daaronder valt (327), terwijl ook preventieve zelfverdediging tot vergelijking kan nopen (328). Maar buiten deze twee gevallen waar hij door eigen handelen een reactie heeft uitgelokt, die de aangegrepene verplicht te reageren met vergelijkende reclame, zal men zijn belang ook lager stellen wanneer het belang van de concurrent die tot de vergelijking overgaat, mede omwille van het algemeen belang, hoger dan het belang van de aangegrepene kan worden gesteld. Hier is er een element van noodzaak gelegen in het feit dat de concurrent, wiens prestatie economisch of technisch vooruit is, deze prestatie zonder vergelijking niet reclame-technisch efficiënt zou kunnen illustreren (329). Daarop gelijkt het geval van de Fortschrittvergleich waarbij het aangesproken publiek, op grond van eigen branchekennis, vermag concurrenten, die het ter vergelijking gebruikte systeem aanwenden, te herkennen (330).

Tot slot is er het belang der concurrentie als ordenend principe dat noodzakelijk wordt gesocht voor het bestaan van de staat als gevestigde orde. De erkenning hiervan gebeurde onder druk der GWE (331), daar het GG geen stelling neemt ten gunste van een bepaald

(327) Vaste rechtspraak, zie de verwijzingen bij ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 326, noot 226. Adde: BGH, 5 juni 1956, GRUR, 1957, 23. Bänder Glass; BGH, 14 juli, 1961, noot D. REIMER, GRUR, 1962, 45, Betonzusatzmittel; BGH, 30 nov. 1966, GRUR, 1967, 308, noot KRIEGER, Backhilfsmittel; BGH, 22 jan. 1971, GRUR, 1971, 259, noot DROSTE, WAZ.

(328) Vgl. EICHMANN, o.c., blz. 164-166.

(329) Vaste rechtspraak: BGH, 13 nov. 1951, GRUR, 1952, 416 (417), Dauerdose; BGH, 15 nov. 1960, GRUR, 1961, 85 (90), Pfiffikus-Dose, noot HEYDT, BGH, 29 maart 1960, GRUR, 1961, 237 (240), Tok-Band; BGH, 9 okt. 1964, GRUR, 1965, 309 (310), gama-frei, BGH, 29 mei 1970, GRUR, 1970, 521 (522) noot NORDEMANN, gama-frei II.

(330) BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt; BGH, 15 maart 1967, GRUR, 1967, 596 (597), noot UTSCHER, Kuppelmaffenverbindung. De Systemvergleich zelf beantwoordt hiernaar natuurlijk niet vermits het element der herkenbare betrokkenheid ontbreekt.

economisch systeem (332), hoewel de grondwet de vrijheid van mededinging in beperkte mate rechtsbescherming verleent, als emanatie van het recht op persoonlijke vrijheid en op eigendom (333). Daarom is het geen toeval dat het Bundeskartellamt zich als eerste uitspraak voor een veel ruimer toelaten van vergelijkende reclame, waar het ging om prijsvergelijkingen (334). Ook het BGH formuleerde dit argument in een arrest over de geoorloofdheid van een prijsvergelijking (335). De eerste maal dat dit principe door dit Hof werd geformuleerd voegde dit eraan toe dat uit het wezen der concurrentie volgt dat deze, voor zover mogelijk krachtens het vigerende recht en wat de reclame betreft, zich dient te beperken tot de economische prestaties als dusdanig (336). Hieruit blijkt dat het Hof in het wezen der concurrentie duidelijk de marktdoorzichtigheid op de voorgrond heeft willen plaatsen, doch de formulering daartoe niet wenst te beperken, omdat, gezien het belang dat de concrete omstandigheden telkens in de uitspraken hebben, hypothesen zich kunnen voordoen waar, buiten het geval der marktdoorzichtigheid, vergelijkende reclame toch als noodzakelijk kan worden beschouwd voor het instandhouden der concurrentie (337).

(331) Daarover: BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 16 bij Allg. UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 38 e.v.

(332) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 39 bij Allg. UWG; EICHMANN, o.c., blz. 118.

(333) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 31 bij Allg. UWG; BVerfG, 8 febr. 1972, GRUR, 1972, 358 (359-360), Grabsteinwerbung.

(334) BKartA, 18 maart 1963, BB, 1963, 492, Kraftfahrzeughandel; en 30 dec. 1963, BB, 1963, BB, 1964, 145, Immobilienmakler.

(335) Vgl. BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443 (444), noot KNOPP, 40% können Sie sparen; BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1968, 283, noot HARMSEN, Schornsteinauskleidung.

(336) BGH, 15 maart 1967, GRUR, 1967, 596, noot UTESCHER, Kuppelmußfenverbindung.

(337) Men kan zich voorstellen dat een concurrent een rechtmatige campagne met vergelijkende reclame zou voeren tegen marktbedervende maatregelen van één of meer marktleiders die daardoor een monopoliepositie zouden nastreven.

Het feit dat de voldoende reden vanuit vier mogelijke belangen werd belicht, beduidt niet dat in werkelijkheid steeds zeer duidelijk één belang met uitsluiting van beide andere, ter rechtvaardiging al dan niet zal volstaan. Bijna steeds zullen meerdere belangen kunnen ingeroepen worden. Andere belangen dan de hoger genoemde zijn niet denkbaar : de concurrentie speelt zich af tussen concurrenten om de gunst van de verbruikers en bij het zuiver verloop van deze strijd is het openbaar belang betrokken. Daarmee is de concurrentie, wat betreft de geïnteresseerden, volledig beschreven. Eveneens in het belang van de verschillende partijen betrokken bij de concurrentie, wordt voorgeschreven dat de kritiek, zo inhoudelijk als naar de vorm, binnen de grenzen moet blijven van wat door de concrete situatie wordt vereist, en dat hij bovendien waar en zakelijk moet worden geformuleerd.

Weerom laat de binding van deze criteria aan de concrete omstandigheden niet toe dat deze uitputtend worden beschreven. Verboden zijn suggestieve slagzinnen en totaal oncontroleerbare uitspraken (338); onvolledigheid in de mate dat deze het waarheidsgehalte der uitspraak aantast (339). Krasse uitspraken kunnen gerechtvaardigd zijn (340), alsmede spitse formuleringen (341). De concurrenten mogen

(338) Vaste rechtspraak: BGH, 12 maart 1954, GRUR, 1954, 337, Rad-schutz, BGH, 28 febr. 1958, GRUR, 1958, 485, Odol, BGH, 26 juni 1959, GRUR, 1959, 488, Konsungenossenschaft; BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1967, 30 (33) noot DROSTE, Rum-Verschnitt.

(339) BGH, 15 juni 1966, GRUR, 1966, 30 (33), noot DROSTE, Rum-Verschnitt BGH, 6 okt. 1964, BB, 1964, 1423; OLG Düsseldorf, 20 maart 1970, WRP, 1970, 226.

(340) Impliciet aldus: BGH, 22 jan. 1971, GRUR, 1971, 259, noot DROSTE, WAZ; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 334 bij § 1 UWG.

(341) Vgl. DROSTE, noot sub BGH, 22 jan. 1971, GRUR, 1971, 259, WAZ.

echter nietodeloos kenbaar worden gemaakt (342) en ook nietodeloos in een slecht daglicht worden gesteld (343), voornamelijk door overbodige uitspraken. M.a.w. er is een werkelijke plicht voor de concurrent om, wanneer hij anders dan door vergelijkende reclame even efficiënt het beoogde doel kan bereiken, dit aan te wenden: een plicht tot de grootst mogelijke schoning van de belangen der aangegrepen mededingers (344).

c. Nederland.

257. De Nederlandse rechtspraak is er nog niet in geslaagd een klare, eenvormige lijn te trekken, doorheen het gebied der kritisch vergelijkende reclame. Ook de auteurs verschillen op meerdere punten fundamenteel van mening over het preciese beeld van de jurisprudentie. Hun opvattingen worden hier slechts aangehaald voor zover de kritiek draagt op één der besproken uitspraken of ter onderlijning van de daarop aansluitende poging tot synthese.

aa. De rechtspraak van de Hoge Raad.

258. Als eerste arrest na 1919 over de materiele verdient het Ochtendvoorarrest (345) hier een bespreking én omdat het chronologisch eerst komt én omdat het om een typisch geval van vergelijkende reclame ging.

(342) BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422 (423), noot KNOPF, Tauchkühler.

(343) NORDEMANN, o.c., nr. 350 in fine; BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1969, 283 (385), noot HARMSSEN, Schornsteinauskleidung.

(344) BGH, 30 nov. 1966, GRUR, 1967, 308 (310), noot KRIEGER, Backhilfemittel. Vgl. BGH, 3 mei 1958, GRUR, 1958, 553 (554), Saugrohr, BGH, 12 nov. 1957, GRUR, 1958, 343 (345), Bohnergerät. EICHMANN, o.c., blz. 232. Vgl. BGH, 7 juni 1967, GRUR, 1968, 382 (385), noot KRIEGER, Favoritt II: "Art und Mass des Erforderlichen werden (...) wesentlich auch durch die Stärke des Angriffs, von der Seite des Verletzten her gesehen durch die Schwere der ihm durch den Angriff drohenden Rechtsverletzung bestimmt." Anders: BAUEBACH-HEFERMEHL, o.c. 11, nr. 322 bij § 1 UWG met verwijzing naar het Tauchkühler-arrest.

(345) H.R., 22 nov. 1934, N.J., 1935, 529, noot MEIJERS en conclusie Adv. Gen. WIJNVELDT.

Een firma had een circulaire omgezonden waarin het eigen ochtendvoer voor pluimvee met dat van een concurrerend bedrijf werd vergeleken, bepaalde eigenschappen werden vernoemd en cijfermatig uitgedrukt. Het Hof te Arnhem (346) achtte dit rechtmatig daar aan een concurrent niet kan verboden worden een concurrerend product openlijk te bespreken, zo dit maar niet op een bekladding uitdraait. Dit achtte het Hof niet het geval, omdat de advertentie voldoende zakelijk, gemotiveerd en niet kennelijk onjuist was. In zijn bewijs van het tegendeel had de benadeelde gefaald.

De Hoge Raad verbrak dit arrest (347) met als motief dat bij vergelijkende reclame, waarin een concurrent eens anders product bespreekt en wijst op gebreken of het gemis aan eigenschappen, de concurrent onrechtmatig handelt, behoudens bijzondere omstandigheden. De Hoge Raad verwerpt daarbij uitdrukkelijk dat een bekladding zou vereist zijn (348).

259. In de zaak Sonnifen-Solubarb over een prijsvergelijking, te samen met de vermelding dat het ter vergelijking staand produkt van buitenlandse oorsprong was, oordeelt de Hoge Raad (349):

"Dit is volledig waar en tast de faam van Sonnifen (product van eiser) niet aan; het is er de maatschappij alleen om te doen het

(346) 22 nov. 1933, N.J., 1934, 445.

(347) De Advocaat-Generaal WIJNVELDT had tot verwerping van het cassatieberoep besloten omdat de beslissing van het Hof naar zijn mening van feitelijke aard was. De Hoge Raad heeft echter steeds de vraag of een handeling strijdt met de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid, als een rechtsvraag beschouwd: HOFFMANN-DRIEN-WIERSMA, o.c., blz. 90 en de verwijzingen aldaar.

(348) Inetemmend: MELJERS in zijn noot onder het arrest met verwijzing naar beslissingen van lagere rechters; HOUWING, noot onder H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, Aalijnarrest.

(349) H.R., 24 dec. 1937, N.J., 1938, 601, noot E.M.M., Solubarb.

Nederlandse publiek in te lichten over het feit dat er even goede Nederlandse produkten bestaan die, even goed zijn en merkkelijk goedkoper dan buitenlands preparaat." Verder werd de vermelding in een weekblad goedgekeurd dat een apotheker beide preparaten met hun prijs naast elkaar stelde en dit als keurig verzorgde uitstalling betitelt, met het oog op navolging door andere apothekers. MEIJERS keurt het arrest goed, omdat de enkele vermelding van een concurrent in de eigen reclame nog niet onrechtmatig is en er van een bescherming van het door reclame verkregen debiet en handelsfaam geen sprake kan zijn. Bovendien zou een naar waarheid objectieve voorlichting zonder enig afbreken van andermans waar, het publiek en de handel slechts ten goede komen (350).

De Hoge Raad meent dat de behartiging van het algemeen belang het concrete optreden rechtvaardigen kan, zelfs al staat het streven naar eigen materieel voordeel daarbij niet geheel op de achtergrond (351).

Nochtans laat deze regel zich moeilijk uitbreiden tot directe concurrenten, zoals MEIJERS dit doet : doel der Maatschappij is in de eerste plaats het algemeen belang en de vakbelangen der leden. Het algemeen belang kan bij de doelstellingen van een adverteerder die handelaar is, nooit in dezelfde mate op de eerste plaats komen. Uit het arrest kan niet erg veel besloten worden, omdat het zeer sterk op de concrete omstandigheden afstemt (352). Hoogstens kan men eruit besluiten, mede in verband met andere uitspraken van

(350) Contra: PERFFER, o.c., blz. 301-303 en 316-318; BERKHOUWER, o.c., blz. 79; Hof Amsterdam, 19 dec. 1963, B.I.E., 1965, 105. Kri-
 tik op de feitelijke oplossing van het Hof: DE GROOTH, o.c., N.V.,
 XXXI, 1(4), voetnoot 25: DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN HILBACH,
 o.c., nr. 5. 649; BEERMAN, Preadvies, blz. 147-148.

(351) De verweerster, de Nederlandsche Maatschappij ter Bevordering
 der Pharmacie, was rechtstreeks geïnteresseerd aan de produktie van
 Solubarb.

(352) Vgl. ULMOR-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2,
 Niederlande, blz. 232 en de verder aangehaalde rechtspraak die
 principiël voor een onrechtmatige daad opteert.

lagere rechters, dat omstreden is of de mededeling in de reclame dat de eigen waar die van een concurrent kan vervangen of beter is, niet zonder meer als een onrechtmatige daad wordt beschouwd (353).

260. In het Dogeake-arrest (354) is het probleem wat als ongunstige of afbrekende inlichtingen moet worden beschouwd. Weerom ging het om een circulaire, doch hierin werd naast kritiek op de bedrijfsvoering ook de persoon van de concurrent aangevallen.

Terzake dienend werd geacht of de mededeling geschikt is de afnemers afkerig te maken van het doen van zaken met de concurrent. Onverschillig is het of het over de concurrent medegedeelde hem een handeling toeschrijft die strijdt met wet of moraal. Zulke mededelingen zullen, zo zij onwaar zijn, "nagemoet altijd" (355) in strijd zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt tegenover een concurrent, terwijl, bij waarheid, de (on)rechtmatigheid van de omstandigheden zal afhangen.

261. In dezelfde lijn ligt ook het NSB-Pesie-arrest (356). Daar geldt het de beschuldiging aan het adres van een broer lid te zijn

(353) Geen onrechtmatige daad: Rb. Almelo, 6 jan. 1937, N.J., 1937, 885; Hof 's Gravenhage, 26 febr. 1937, N.J., 1937, 907; Pres. Rb. Amsterdam, 26 juli 1937, B.I.E., 1938, 17. Wel: Hof Amsterdam, 31 jan. 1940, N.J., 1940, 809; Hof 's Gravenhage, 4 mei 1949, N.J., 1949, 705.

(354) Ook Felix-Kattenbrood genoemd. H.R., 13 maart 1941, W., 1941, 660, noot P.S.

(355) Dit voorbehoud is op heftige kritiek gestuit. De rechtsleer meent dat onware, schadelijke kritiek steeds onrechtmatig is. Daarover vooral DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN-HEIBACH, o.c., nr. 5.638; BEEKHUIS, C.H., o.c., blz. 48; SLACTER, o.c., blz. 130; VOETELINK, o.c., blz. 187-188. Na de terugverwijzing door de Hoge Raad werd de eis toegewezen: Hof 's Gravenhage, 29 mei 1941, N.J., 1941, 846.

(356) H.R., 28 nov. 1941, W., 1942, 190, met concl. Proc.Gen.-BERGER.

van de Nationaal-Socialistische Partij (NSB) (357). Als regel stelde de Raad dat: "Hij die, zonder toeleg om te benadelen, een ware mededeling doet, wetende dat deze geschikt is om een ander te benadelen, handelt alleen dan onrechtmatig, indien uit de verdere omstandigheden volgt, dat deze wetenschap hem bij inachtneming van een betamelijke zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer tegenover de andere, had behoren te weerhouden van het doen van deze mededeling. Van belang hierbij is, of de mededeling in het openbaar, al dan niet ongevraagd of al dan niet naar aanleiding van een vraag omtrent de waarheid van een bepaald feit, werd gedaan."

In hoeverre deze regel ook voor concurrenten geldt is echter niet helemaal duidelijk, aangesien het arrest geen concurrentieverhouding aannam omwille van de maatschap die tussen beide broers bestond, en het arrest duidelijk op de concrete feiten van dit geval is gesteund.

262. Dit laatste is eveneens het geval in het dreigementsarrest (358). Ook hier ging het om een mededeling over de persoon van een ander. Partijen waren eerst vennoten in een expeditiebedrijf dat beider naam in de handelsnaam voerde. Verweerder was daaruit uitgetreden en eiser had het recht bewaard om verder de oude handelsnaam te

(357) Betwistbaar lijkt de opmerking van Proc.Gen. BERGER dat tussen beide broers geen concurrentieverhouding bestond, daar de broers nog steeds medeëigenaars waren van een zwembad te Amersfoort. Uit de feiten blijkt zeer duidelijk dat een scheiding der maatschap niet lang meer kon uitblijven en dat de broer die de verklaring deed, klanten begon te wisselen voor het zwembad dat hem na de scheiding der maatschap zou worden toegekend. (De broers waren eigenaar van twee zwembaden.) Ook de Hoge Raad houdt hiermee te weinig rekening zoniets zou deze het niet-bestaan van enig opzet niet zo gemakkelijk aanvaarden.

(358) H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564, noot D.J.V., concl. Adv. Gen. WIJNVELDT.

blijven voeren. Als eiser wegens valsheid in geschriften wordt veroordeeld, maant verweerder hem in een brief aan zijn naam uit de handelsnaam te schrappen. Wordt hieraan geen gevolg gegeven, dan zal hij, verweerder, per advertentie in de dagbladen met grote oplage aankondigen dat hij reeds vier jaar uit de firma is getreden en niets te maken heeft met het vonnis wegens valsheid in geschriften tegen de Heer C.R. De bezorgdheid van verweerder spruit voort uit het feit dat hij intussen opnieuw met een expeditiebedrijf was begonnen. Eiser dagvaardt naar aanleiding van dit schrijven, waarin hij een dreiging met een onrechtmatige daad ziet, doch zonder succes.

De Hoge Raad overweegt daarbij:

"... dat hij, die in het openbaar en ongevraagd omtrent een ander een ware mededeling doet, wetende dat de openbaarmaking daarvan aan dien ander schade zal toebrengen, zonder meer nog niet een onrechtmatige daad pleegt, doch dit eerst zo zal zijn, indien uit de verdere omstandigheden van het geval volgt, dat die wetenschap hem, bij inachtneming eener behoorlijke zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer tegenover den ander, had behooren te weerhouden van het doen dier mededeeling;

dat dit niet anders is, indien de mededeeling inhoudt, dat die ander bij onherroepelijk vonnis voor een strafbaar feit is veroordeeld ,..."

Op dit arrest rees vrij veel kritiek. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de mededeling zelf en niet de bedreiging ermee als onrechtmatige daad voor ogen schijnt te houden (358). Daardoor wordt de uitgesproken maatstaf onduidelijk, namelijk dat het zal afhangen van de inhoud van de advertentie of van de wijze van publicatie of een

(358) Hoe verklaart men anders "in het openbaar"?

onrechtmatige daad zal voorhanden zijn (359). Dat principieel het dreigement en de publicatie waarmee wordt gedreigd, als verweer rechtmatig zijn, heeft de Hoge Raad niet gesteld. Bovendien hebben VEEGENS en BERKHOUWER (360) terecht kritiek uitgeoefend op de vormgeving waarin verweerder zijn advertentie wou inkleden: zeker werd daarin niet de meest schonende vorm tegenover eisers belangen gekozen. Ook had hij andere, minder schadelijke wegen om de naam-schrapping te bereiken en ermee te dreigen.

263. De daarop volgende procedures betroffen gevallen van misleiden-de of verwarring stichtende reclame, die daarom werden verboden.

In het azijnarrest (361) betrof het een reclamecampagne van een groep van wijnazijnfabricanten die, onder meer in een radiopraatje door een bekend huishoudkundige, hun product valselyk voor beter, gezonder enz. verklaarden dan verdund chemisch azijnzuur.

In het Hyster Harry Krane-arrest (362) werd gesteld dat verwar-ringstichtende reclame ongeoorloofd is. Deze regel schijnt door de Hoge Raad absoluut geponeerd te worden (363).

264. In het Monti-bouwstenenarrest (364) ging het om een vergelij-king tussen concurrerende producten, die daarbij niet op voet van

(359) Vgl. Concl. Adv. Gen. WIJNVELDT over het arrest a quo.

(360) VEEGENS, noot onder dit arrest; BERKHOUWER, o.c., blz. 89-90; GERBRANDY S., a.c., R.M.Themis, 1969, 97 (105) die de bewijslast-vraag opwerpt i.v.m. het probleem of in het arrest een rechtvaar-digingsgrond al dan niet wordt aanvaard. Vgl. SLAGTER, o.c., blz. 144.

(361) H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, noot Ph. A.N. H.

(362) H.R., 26 juni 1953, N.J., 1954, 90, noot Ph. A.N. H. en concl. Adv. Gen. EGGENS.

(363) Zie het arrest, blz. 180, links onderaan en de conclusie, blz. 181.

(364) H.R., 9 juni 1961, N.J., 1961, 436.

gelijkheid werden behandeld, waarmee samenhang een teren op de goodwill van de concurrent en het beweren van onjuiste feiten. Of daarbij reeds het loutere feit van het vergelijken als onrechtmatig wordt beschouwd, valt uit het arrest niet af te lezen, het college steunt daartoe te zeer op de concrete omstandigheden.

265. Hierna rees een geschil dat de mededeling van een producent van Delfts Blauw, te Delft gevestigd, betrof, en waarbij deze verklaarde dat zijn producten vaak door elderswonende producenten werden nagebootst en dat het daarbij meestal om minderwaardige imitaties ging. Een te Gouda gevestigd porceleinfabrikant protesteerde daartegen vruchteloos. Gezien hij niet met name was genoemd en ook niet alle buiten Delft vervaardigd porcelein minderwaardig werd geacht, was hij niet betroffen, temeer daar hij geen minderwaardig porcelein fabriceerde. Eiser had dus geen reden zich geïnteresseerd te achten door deze overigens rechtmatige kritiek (365).

Met alle eerbied voor de feitelijke vaststellingen van de Raad, ware het toch logischer geweest eiser met het bewijs te belasten van het feit of het publiek deze waarschuwing begreep als voornamelijk tegen hem gericht. Waar het de betroffenheid geldt, is het immers regel dat men vanuit het standpunt van het publiek redeneert om deze te aanvaarden. Verder leek het ook aangewezen, meer nadruk te leggen op de duidelijkheid, voor de leek, die het grote publiek toch is, dat het porcelein van eiser niet minderwaardig of een imitatie was, en op het feit dat het publiek al dan niet noodzakelijk uit de reclame moest besluiten, dat niet alle porcelein van elders wonende fabricanten minderwaardige imitatie was.

(365) H.R., 15 mei 1964, N.J., 1964, 467, noot G.J.S., De porceleynne Flesch.

266. Tenslotte kan in deze context nog besproken worden het arrest van de Hoge Raad inzake de snelkookpannendemonstratie (366). Verweerders in cassatie verkochten sinds enige tijd via gratis filmvoorstellingen, waarmee een loterij gepaard ging, snelkookpannen. Daartoe werden uitnodigingen rondgestuurd die van de verkoop geen melding maakten, doch wel kon men onmiddellijk uitmaken welke "waardevolle" prijs men had gewonnen. Daar zij deze wijze van verkopen bedrieglijk achtten, lieten de Nederlandse Consumentenbond ende Nederlandse Huishoudraad circulaires ronddelen aan de ingang van de voorstellingszalen, waarin zij wezen op de waarde-loosheid van de prijzen, het feit dat de voorstelling bedoeld was om reclame te maken en artikelen te verkopen die duur en niet bruikbaar waren. Zij gaven de raad geen enkel contract te tekenen, zonder eerst eens thuis rustig daarover na te denken. Na protest vanwege verweerders werd een artikel gepubliceerd in de Consumenten-gids, waarin op het procédé nogmaals werd teruggekeerd en het succes van de actie beschreven.

Tevens werd nogmaals beweerd dat de pannen te duur waren.

Daarop vorderden verweerders in cassatie voor de rechtbank tot on-rechtmatigverklaring van de circulaire en van het artikel. De rechtbank te 's Gravenhage wees de vordering af (367), omdat de Consumentenbond en de Huishoudraad kritiek mogen leveren op alle handelingen die zij strijdig met het algemeen consumentenbelang achten. Bovendien hadden zij dit, alle concrete omstandigheden in acht genomen, op adequate wijze gedaan. De duurte der pan achtte de rechtbank bewezen, doordat de prijs ervan met 20% werd

(366) H.R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, noot G.J.S.

(367) 10 febr. 1966, vermeld in het arrest H.R., N.J., 1968, 263, blz. 366-367.

verlaagd, nadat de circulaire was verschenen. De onbruikbaarheid ervan werd als een onjuistheid gequalificeerd, onjuistheid die echter niet van aard werd geacht om de onrechtmatigheid van het optreden te begronden.

Het Hof te 's Gravenhage (368) hervormde dit vonnis gedeeltelijk, doordat het aannam dat de circulaire door de Comet-kookpan als niet bruikbaar te veroordelen, onzorgvuldig en onrechtmatig handelde. Verder werd toegestaan, in verband met de duurte van de pannen, dat eisers in cassatie de juistheid van de in het tijdschriftartikel vervatte beweringen over de prijs van de snelkookpannen en de wijze van verkoop zouden bewijzen. Na bewijsvoering verbood het Hof nog verder de gewraakte circulaire te verspreiden en achtte ook het artikel onrechtmatig in zoverre het over de door verweerders gevraagde prijzen en de appreciatie daarvan handelde.

De Hoge Raad verbrak dit arrest, en achtte met name de vermeldingen "duur" en "niet bruikbaar" rechtmatig, ongeacht de algemene redactie van de circulaire en niettegenstaande deze aan de ingang der voorstellingszalen werd rondgedeeld, om -

"dat toch, indien, zoals hier, verkoopmethoden worden toegepast van zodanige aard dat instellingen als de Consumentenbond en de Huishoudraad het publiek daartegen moge¹ waarschuwen, en die instellingen gebruik maken^{van, met} het oog op dergelijke verkoopsmethoden in algemene bewoordingen vervatte circulaire waarin het publiek in algemene zin gewezen wordt op verschillende gevaren die blijkens ervaring aan de toepassing van dergelijke methodes verbonden kunnen zijn, de verspreiding van zulk een circulaire niet onrecht-

(368) 30 juni 1966, vermeld in het arrest H.R., N.J., 1968, 263, blz. 867-869 en 19 jan. 1967, ibid., blz. 869-870.

matig wordt doordat in het gegeven geval niet al die in de circulaire als mogelijk beschreven gevaren aanwezig zijn;" (369)

De bezwaren door het Hof tegen de artikelen geformuleerd achtte de Hoge Raad echter gegrond, omdat het hier onjuistheden betrof. Opnieuw is opvallend de verwijzing naar en het voortdurend steun zoeken bij de concrete omstandigheden ter motivering van het arrest. Er besluiten uit trekken in verband met de in de reclame te beachten zorgvuldigheid is daarom een riskante taak, mede om wille van het feit dat de Hoge Raad zo grote nadruk legt op de maatschappelijke taak van Consumentenbond en Huishoudraad.

b. De rechtspraak der lagere rechtbanken.

267. Hier worden allseer die gevallen besproken, die werkelijk kritisch vergelijkende reclame betreffen, een regel waarvan voor de rechtspraak van de Hoge Raad werd afgeweken, omwille van de schaarste aan gevallen.

Bekend is de uitspraak van Rb. Rotterdam, 25 jan. 1929 (370), waar de enkele verwijzing naar het product van een concurrent, afgezien van de waarheid van het beweerde, een onrechtmatige usurpatie wordt geacht.

De President van deze rechtbank (371) oordeelde onrechtmatig, het vergelijken van producten met die van een concurrent, vooral zo de vergelijking in "denigrerende zin" gebeurt en het oordeel van een deskundige tendentieus wordt weergegeven.

(369) Vgl. Hof 's Gravenhage, 7 nov. 1973, N.J., 1974, 164, waar een semi-overheidsbedrijf belast met de elektriciteitsvoorziening, waarschuwt tegen een bepaalde elektro-kachel, omdat de aanschaffing ervan technisch en economisch onverantwoord is. Zie ook het vonnis a quo: Pres. Rb. Middelburg, 3 okt. 1972, opgenomen in het arrest.

(370) N.J., 1929, 1077, "Spiran beter dan Aspirine". Vgl. DE GROOTH, a.c., N.V., XXII, 1 (2-3) met verwijzingen.

(371) Pres. Rb. Rotterdam, 12 dec. 1930, N.J., 1931, 781, hoogtezon.

Ook de Rb. Amsterdam (372) nam als onrechtmatig aan het uitspreken van een ongunstig oordeel over de waar van een concurrent, zelfs zo dit gebeurde op grond van een analyse door een universiteitsprofessor, waarvan de objectiviteit niet terzake dienend werd geacht.

De President van de rechtbank te Alkmaar (373) nam de onrechtmatigheid aan van een aankondiging van een kwaliteitsvergelijking tussen bananen door een verkoper ervan, omdat doel der vergelijking is, de ene waar tegenover de andere te pousseren en de vergelijking helemaal niet objectief is, daar elke waarborg voor objectiviteit ontbreekt, gezien de bederfbaarheid van bananen. Dat het om een kleinhandelaar ging die een grotere omzet had van de ter vergelijking aangetrokken soort, werd als niet relevant beschouwd.

Ook de rechtbank te Maastricht (374) en het Hof te Amsterdam (375) achtten vergelijkende reclame principieel onrechtmatig, ongeacht haar juistheid.

Na de tweede wereldoorlog treft men minder gevallen aan in de rechtspraak. Sommige werden onrechtmatig geacht wegens misleiding van het publiek (376). Eén enkel geval gaat duidelijk uit van de principiële onrechtmatigheid, waarbij dan nog de onnodig scherpe vormgeving bezwarend werkt (377). In het geval van verspreiding

(372) Rb. Amsterdam, 18 dec. 1931, N.J., 1933, 424. Vgl. id., 17 okt. 1930, N.J., 1931, 563. Het eerste vonnis werd bevestigd door Hof Amsterdam, 17 okt. 1934, W., 1934, 12831.

(373) Pres. Rb. Alkmaar, 22 april 1932, N.J., 1933, 1078.

(374) Rb. Maastricht, 13 maart 1933, W., 1933, 12683. Vgl. Rb. Haarlem, 24 juli 1933, N.J., 1934, 1097.

(375) Hof Amsterdam, 31 jan. 1940, N.J., 1940, 809 "Diucalc beter dan Diuretin". Vgl. Pres. Rb. Alkmaar, 22 april 1940, N.J., 1941, 126 "Exact- en Sylvana-horloges beter dan Pontiac-horloges"; Hof 's Hertogenbosch, 6 nov. 1943, N.J., 1947, 339; Pres. Rb. Breda, 1 sept. 1936, N.J., 1936, 911.

(376) Hof Den Haag, 4 mei 1949, N.J., 1949, 388; Pres. Rb. Dordrecht, 13 aug. 1957, N.J., 1958, 182; Pres. Rb. Den Haag, 16 jan. 1963, N.J., 1963, 269. Vgl. Rb. Utrecht, 1 febr. 1950, N.J., 1951, 235.

van een circulaire met een zwarte lijst van huisschilders die tijdens de oorlog voor de Duitsers hadden gewerkt, werd eveneens de onrechtmatigheid aanvaard wegens het feit dat de circulaire van concurrenten en niet van een neutrale instantie uitging en geen grondig onderzoek naar aanleiding van de uitgifte van de circulaire was gevoerd geworden. Verweenders werd opgelegd de verspreiding te staken en de mededeling door een advertentie te herroepen, zonder er commentaar bij te leveren (378).

Onder voorbehoud der juistheid van het medegedeelde en van een niet grievende vormgeving, achtten twee vonnissen de vergelijkende reclame principieel rechtmatig (379). Een arrest oordeelde het opstellen van synoniemlijsten inzake farmaceutische produkten, waarbij de opsteller zijn produkten tegenover meer bekende plaatste (zonder enige vergelijking), niet onrechtmatig (380).

cc. Bespreking.

268. Wat betreft de rechtspraak van de Hoge Raad dient te worden opgemerkt dat slechts één arrest - en dan nog het eerst gewezen - daadwerkelijk betrekking heeft op de kritisch vergelijkende reclame. Andere arresten kunnen wel een antwoord bieden op bijkomende punten nopens de problemen die daarbij rijzen, doch niet op de fundamentele vraag of in Nederland de vergelijkende reclame

(377) Hof Amsterdam, 15 april 1954, B.I.E., 1954, 122. Vgl. id., 16 nov. 1951, N.J., 1952, 33.

(378) Pres. Rb. Almelo, 28 nov. 1945, N.J., 1946, 70.

(379) Rb. Groningen, 29 febr. 1924, N.J., 1924, 689; Rb. Almelo, 6 jan. 1937, N.J., 1937, 885. Vgl. het door H.R., 22 nov. 1934, N.J., 1934, 529, noot E.M.M. verbroken arrest Hof Arnhem, 22 nov. 1933, N.J., 1934, 445. Gevallen in gelijke zin daterend van vóór 1919, kunnen hier niet in aanmerking worden genomen, gezien de fundamentele wijziging der rechtspraak.

principieel als geoorloofd dan wel als ongeoorloofd moet worden beschouwd.

Om deze vraag in de tweede zin te beantwoorden, kan als argument dienen, het feit dat het Ochtendvoer-arrest zich in die zin uitsprekt, onder meer daar het een arrest dat duidelijk de geoorloofdheid poneerde op dit punt vernietigde. Er is bovendien de oudere en recentere rechtspraak der lagere rechtbanken, die hoewel weinig talrijk, toch een ernstige vingerwijzing biedt.

Nochtans heeft deze vraag niet het belang dat men geneigd is haar toe te kennen. Allereerst omdat de rechtspraak in haar geheel zeer sterk op de concrete omstandigheden van het geval afstemt (381) om de in casu te behartigen zorgvuldighedenorm te formuleren. Dit blijkt ook uit het feit dat de Raad slechts bij uitgesproken duidelijke overeenstemming der gevallen, naar een

(380) Rb. Breda, 14 april 1942, bev. Hof Den Bosch, 2 nov. 1943, N.J., 1947, 230, Binepar. Kritiek: DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, o.c., nr. 5.650, die stelt dat de recente rechtspraak anders oordeelt onder verwijzing naar Hof Amsterdam, 19 dec. 1963, B.I.E., 1965, 105, Trofanyl.

(381) Het enige arrest waarin eerder de nadruk wordt gelegd op een algemeen geformuleerde zorgvuldighedenorm dan op de concrete omstandigheden is het Ochtendvoer-arrest. Dit stamt uit een tijd waarin de Hoge Raad nog een beslissende invloed kon hechten aan de in het betroffen milieu geldende geplogenheden, de handelsmoraal (H.R., 11 nov. 1937, N.J., 1937, 1096, noot E.M.M., Kolynos), terwijl nadien hun rol ter determinatie der onrechtmatigheid van een concurrentiehandeling fel werd ingeperkt: H.R., 15 dec. 1950, N.J., 1951, 492, noot Ph.A.N.H. en concl. Adv. Gen. HOOYKAAS; H.R., 8 jan. 1960, N.J., 1960, 415, noot H.B., Scrabble. Voor de strijd met de zorgvuldighedenorm is volgens dit arrest, niet zonder meer beslissend of de te beoordelen handeling in de betrokken tak van de nijverheid als niet oirbaar en niet gebruikelijk wordt beschouwd. Goedkeurend daarover: DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, o.c., nr. 5.618. Het is vooral onwille van dit relativeren van het belang van de handelsmoraal dat C.A. BOUKEMA, Handelsmoraal en mededinging, blz. 8 de Nederlandse rechtspraak inzake vergelijkende reclame afkeurt.

vroeger arrest verwijst en dit daarbuiten steeds achterwege laat. Algemene regels zijn daarom volgens sommigen (382) niet te formuleren op dit terrein. Nochtans kunnen, mits het nodige voorbehoud, sommige krachtlijnen ter verdere precisering worden aangeduid. Dat deze rechtspraak geen sluitend systeem vormt en dat de beslissingen door hun aandacht voor de maatschappelijke context sterk conjunctuurgebonden zijn (383), verhindert dit niet, doch dient wel een waarschuwing te zijn voor overdreven zekerheid in verband met de mate waarin deze krachtlijnen toekomstige uitspraken van 's lands rechtscolleges zouden kunnen determineren. Bij het bepalen der krachtlijnen kan niet worden onderscheiden al naargelang de toeleg om te benadelen, gekoppeld aan de waarheid of de onwaarheid van het medegedeelde, al dan niet voorziet bij de adverteerder (384). Bij de arresten die dit schijnen te poneren ging het niet om reclamemededelingen en waren de verdere omstandigheden zo specifiek (385) of zo tijdsgebonden (386), dat deze het algemeen karakter van de geformuleerde regel aantastten.

269. Afgezien van de vraag of nu principieel het verwijzen naar een mededinger geoorloofd is dan niet, kan men toch de concrete omstan-

(382) MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VI, nr. 145 met verwijzing naar HOUWING, noten sub H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, Azijnarrest en 4 jan. 1952, N.J., 1953, 158; BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (394); BEEKHUIS, o.c., blz. 47-48.

(383) SLAGTER, o.c., blz. 59; MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VI, nr. 145 met verwijzingen. Voor een duidelijk voorbeeld: Rb. Amsterdam, 8 febr. 1944, N.J., 1944-45, 544: verbod voor de dagbladpers bij het aanklagen van knoeierijen op het gebied van de voedselvoorziening, bepaalde personen of handelszaken te vernoemen. Dit is voorbehouden aan de strafrechter, via het bevelen van de publicatie van het vonnis. Volgens de rechtbank is het algemeen belang niet gediend met bekendmaking, onder meer omdat dit andere knoeiers aanduidt, waar ze zich kunnen wenden. Vergeleken bij H.R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, noot G.J.S., Snelkookpannendemonstratie, blijkt hoezeer dit vonnis op de oorlogsomstandigheden afstemde.

(384) Aldus: HOUWING, noot onder H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, Azijnarrest; KAKENBEEK-VAN DER PUT, o.c., blz. 9; MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VI, nr. 146, die deze opvatting niet tot reclamé beperkt.

(385) H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564, noot D.J.V., dreigementsarrest; H.R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, noot G.J.S., snelkookpannendemonstratie.

ligheden specificieren, die mogelijk een negatief antwoord in verband met de onrechtmatigheid zullen begronden of wier aanwezigheid zekerheid schept dat de vergelijking rechtmatig is. Nadien zal nog op enkele factoren worden gewezen, die, in al deze gevallen, steeds in min of meerdere mate moeten gerealiseerd zijn, doch die op zichzelf genomen, slechts in krasse gevallen volstaan om de onrechtmatigheid te begronden. M.a.w. de vijf eerst opgesomde omstandigheden vestigen een vermoeden voor de rechtmatigheid der reclame; dit vermoeden kan echter ontkracht worden, doordat verdere vereisten niet of onvoldoende waren vervuld.

Er is allereerst de vergelijking op verzoek van de klant. Hieromtrent is rechtspraak zeldzaam (387), doch de rechtsleer is unaniem (388). Hetzelfde geldt voor de vergelijking die noodzakelijk was ter illustratie van een technische voorsprong (389), de vergelijking van systemen (390), de vergelijking uit zelfverdediging (391).

(386) H.R., 28 nov. 1941, N.J., 1942, 190, K.S.B.-Pesie.

(387) Zie: Hof Leeuwarden, 27 juni 1956, N.J., 1956, 597, aardappelhandelaar, dat de onrechtmatigheid echter ziet in het feit dat de kritiek spontaan, zonder navraag, werd verstrekt. Verdere verwijzingen bij MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VI, nr. 157.3; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Nederlande, blz. 216 e.v.

(388) DE GROOTH, a.c., N.V., XXXI, 1(5); SLAGTER, o.c., blz. 139; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 161 en beide in vorige noot genoemd.

(389) SLAGTER, o.c., blz. 139; vgl. BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (386).

(390) ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Nederlande, blz. 218-219 en de rechtspraak aldaar. Adde: Rb. Rotterdam, 5 juli 1934, N.J., 1934, 445 en Pres. Rb. Amsterdam, 28 juli 1969, N.J., 1969, 392 (suiker tegenover kunstmatige zoetstoffen).

(391) SLAGTER, o.c., blz. 140; ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Nederlande, blz. 213 e.v. met verwijzingen. Contra: C.A. BOUKEMA, o.c., blz. 12.

Als laatste omstandigheid kan gelden de vergelijking in het algemeen belang (392). Daartoe kan steun gezocht worden in het Solubarbarrest en in het snelkookpannendemonstratiearrest. Steun kan ook gezocht in art. 1412 B.W. dat ook bij een beoordeling op grond van art. 1401 B.W. toepassing vindt, ondanks de bewoordingen van dit artikel (393). Nochtans rijst bij een mogelijke toepassing van dit artikel op de vergelijkende reclame de vraag, in hoeverre en wanneer de concrete omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat de behartiging van het algemeen belang als primerend op de behartiging van eigen materieel belang door de adverteerder wordt aanvaard. Van de economisch actieve mag worden vermoed dat hij in de regel allereerst uit eigen winstbejag handelt (394). Hieruit volgt dat als vaststaand aanvaard wordt dat, zo de benadeelde en de adverteerder zich op dezelfde trap der distributieladder bevinden, het oogmerk om te schaden (de toeleg te benadelen) vermoed wordt (395). Om een handelen in het algemeen belang aannemelijk te maken, dient het eerste vermoeden gedeeltelijk te worden weerlegd : de adverteerder mag namelijk niet uitsluitend uit eigen winstbejag handelen; het tweede echter niet noodzakelijk: wil de concurrent diegene

(392) SIAGTER, o.c., blz. 141 e.v.; vgl. HENNEKENS, a.c., Ars Aequi, XV, 1 (7); BEEKHUIS, o.c., blz. 50; BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (386 e.v.). Contra: DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 153.

(393) AUBEL, o.c., blz. 137-138; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige Daad, IX, nr. 12.5.

(394) Aldus ook impliciet: SCHOLTEN, noot sub H.R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, snelkookpannendemonstratie, die stelt dat het vermoeden in het algemeen belang te handelen wel voor de Consumentenbond, niet voor de pers in het algemeen kan worden aanvaard. Vgl. DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 153.

(395) Vgl. MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige Daad, VI, nr. 146.

die met krasse verwaarlozing van het algemeen belang handelt met waarschuwingen, reclame enz. zijn nadelige activiteiten verhinderen, dan is het zeer goed mogelijk dat de toelag te benadelen in de totale economische activiteit van deze laatste, bij diegene die waarschuwt voorzit. Dit zal niet volstaan om het optreden van de criticus onrechtmatig te maken, het (on)rechtmatigheidsoordeel zal hier steunen op een afwegen van beider optreden tegenover elkaar (396).

Andere omstandigheden die de in principe rechtmatig te achten vergelijking toch onrechtmatig kunnen maken zijn allereerst de onwaarheid of onjuistheid van het medegedeelde, doordat ze een beroep op één der hiervoor gemelde gronden onmogelijk maken (398). Verder is daarbij van belang de wijze waarop de vergelijking werd doorgevoerd en voorgesteld : niet alleen dient zakelijkheid te worden betracht (399), bovendien moeten beide producten in gelijke voorwaarden objectief vergeleken worden (400), mag men niet louter op uitbuiten van andermans goodwill uit zijn (401) en dient gekozen

(396) Rb. Utrecht, 1 febr. 1950, N.J., 1951, 235; Hof Amsterdam, 16 nov. 1951, N.J., 1952, 33. Vgl. SCHOLTEN, noot sub H.R., 19 april 1968, N.J., 1968, 263, snelkookpannendemonstratie. Dit leunt nauw aan bij de afweer die een reden kan zijn om de vergelijking haast steeds rechtmatig te oordelen. Moeilijk via de bestaande rechtspraak op te lossen vraag is dan of een concurrent het algemeen belang kan inroepen om afwerende vergelijkende reclame te maken, die dan meteen de grondslag der zelfverdediging zou missen of slechts in zwakke mate zou realiseren. Is ook dit nog noodzakelijke verdediging in de zin van art. 1412 B.W.?

(398) H.R., 24 dec. 1937, N.J., 1938, 601, noot E.M.M., Solubarb; H.R., 13 maart 1941, W., 1941, 660, noot P.S., Dogcake; H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 564, noot D.J.V., N.S.B.-Pesie; H.R., 25 mei 1951, N.J., 1951, 541, noot Ph.A.N.H., Aziëarrest.

(399) Pres. Rb. Rotterdam, 12 dec. 1930, N.J., 1931, 781, Hoogtezon; Pres. Rb. Alkmaar, 22 april 1932, N.J., 1933, 1078; Hof Amsterdam, 15 april 1954, B.I.E., 1954, 122.

(400) H.R., 9 juni 1961, N.J., 1961, 436, Monti-Bouwstenen; Pres. Rb. Alkmaar, 22 april 1932, N.J., 1933, 1078.

(401) H.R., 26 juni 1953, N.J., 1954, 90, noot Ph.A.N.H., Hyster Karry Kranearrest.

voor het middel en de voorstellingswijze dat de grootst mogelijke schoning van de aangetaste belangen inhoudt (waarvan de eis dat men niet nodeloos grievend of afbrekend de prestaties van een ander mag bespreken, een concretisering is) (402).

270. De hierboven gegeven opsomming kan echter niet als een volledig afgesloten geheel worden beschouwd. De ruime formulering van het Ochtend-voer-arrest, het voortdurend nauw aansluiting zoeken bij de concrete omstandigheden, dwingen ertoe te aanvaarden dat, naarmate nieuwe beslissingen zullen geveld worden, nieuwe krachtlijnen kunnen naar voor komen. De uitspraken van de Hoge Raad dwingen ertoe om, al dan niet uitgaande van de principiële onrechtmatigheid, de omstandigheden van elk geval nauwkeurig na te gaan en te zien of deze niet het feitelijk optreden van de adverteerder verklaren en de mening staven dat hij niet onrechtmatig handelde. Dit stemt ook overeen met de heersende opvatting over het formuleren van de zorgvuldigheidsnorm die in het maatschappelijk verkeer bestaat tegenover een anders persoon of goed: deze moet voor elk geval, onder inachtneming van alle concrete omstandigheden worden vastgesteld (403). Hierom zal een klare afgebakende lijn doorheen deze materie mogelijk nooit kunnen getrokken worden.

Na heel deze beschrijving blijft nog steeds de vraag of vergelijkende reclame, die gebeurde onder vervulling van al die voorwaarden die hiervoor werden gequalificeerd als medebepalende omstandigheden

(402) Anders in feite: H.R., 16 mei 1946, N.J., 1946, 546, noot D.J.V., dreigementsarrest. Ridelijk in de zin als hier gesteld: Hof Amsterdam, 12 mei 1971, N.J., 1971, 377, Vara-ombudsman. Sterke nadruk op de ongeoorlooftheid van elke onnodige vergelijking legt E.J.GROOTJANS, in: VAN BAARLE en ZEYLSER, o.c., blz. 765; BEEKHUIS, o.c., blz. 50.

(403) HOFFMANN-DRION-WIERSMA, o.c., blz. 90; ASSER-HUTTEN, o.c., 3/2, blz. 453, onder verwijzing naar VAN DE VEN, De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 B.W. toegepast door den Hoogen Raad; PITLO A., o.c., blz. 224; WOLFSBERGEN, o.c., blz. 56-58 en 87. Contre: SLAGTER, De rechtsgrond, blz. 313-314.

die steeds moeten vervuld zijn, principieel rechtmatig of onrechtmatig is. Op grond der rechtspraak laat het vervuld-zijn daarvan niet principieel de vergelijking toe, doch maakt hun niet vervuld-zijn de vergelijking onrechtmatig, behoudens zo de omstandigheden dit niet vervuld-zijn zouden rechtvaardigen. De vraag blijft dus open. Om twee redenen dient men hieraan echter niet al te zwaar te tillen. Allereerst omdat de rechtspraak zich zeer weinig bekommert om dit principieële uitgangspunt (404), doch veeleer om de concrete omstandigheden van elk geval; ten tweede omdat de oplossingen die men bekomt door uit te gaan van een principieel verbod of een principieel geoorloofd-zijn in feite nauwelijks verschillen (405). Dit ontbreken van principieële zekerheid en het feit dat noch de handelsmoraal, noch het algemeen belang maatgevend ter beoordeling zijn, maken het voeren van vergelijkende reclame in Nederland tot een risikante bedrijvigheid (406). Bij het formuleren van de zorgvuldigheidsnorm wordt inderdaad in sterke mate rekening gehouden met het door de aangeklaagde handeling in het leven geroepen gevaar voor onrechtmatige schadetoebrenging aan de persoon of de goederen van een ander (407). Dat kritisch vergelijkende reclame in sterke mate zulk gevaar in zich bergt, hoeft geen betoog, na wat hoger daaromtrent uiteengezet werd. Daarom dient de adverteerder in het gebruik van vergelijkingen in zijn reclame zeer voorzichtig te zijn (408).

(404) Vgl. MARTENS, in DRION H., Onrechtmatige daad, VI, nr. 143; DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN-HELBACH, o.c., nr. 5.651.

(405) Vgl. SLAGTER, o.c., blz. 149 e.v., die dit zelf erkent; BREGSTEIN, a.c., Verzameld Werk, blz. 371 (383) die zeer strenge eisen van objectiviteit en noodzakelijkheid stelt opdat de principieel geoorloofde vergelijking niet onrechtmatig worde.

(406) Vgl. GROOTJANS, in VAN BAARLE en ZEYSTRRA, o.c., blz. 766.

(407) ASSER-RUTTEN, o.c., 3/2, blz. 454; HOFFMANN-DRION-WIERSMA, II, blz. 90.

(408) Vgl. DORHOUT-MEES-VAN NIEUWENHOVEN-HELBACH, o.c., nr. 5.651, SLAGTER, o.c., blz. 151.

d. Zwitserland.

271. Hoewel in andere hoofdstukken dit land niet ter sprake komt, toch is het zinvol in verband met het vraagstuk der vergelijkende reclame ook de toestand in Zwitserland te beschrijven, omdat het een land is waar vergelijkende reclame principieel is toegelaten (409), de rechtspraak en rechtsleer echter op meerdere punten daaromtrent verschillen.

Art.1 der W.30 september 1943 over de oneerlijke mededinging (UWG).

272. Art. 1 definieert de oneerlijke mededinging als het misbruik der economische mededinging die voortvloeit uit bedrieglijke praktijken of uit enige andere handelingen strijdig met de goede trouw (*la bonne foi*, *Treu und Glauben*) (410). Vereist is een afhandig maken van klienteel op oneerlijke wijze. Daardoor wordt het

(409) Vaste rechtspraak, zie de verwijzingen infra. Zie echter: BGH, 14 juli 1961, GRUR, 1962, 48, *Betonzusatzmittel*, waar het Hof Zwitserland citeert als een land waar vergelijkende reclame principieel verboden is.

(410) De notie "*Treu und Glauben*" werd overgenomen uit het Duitse BGB waar zij in § 157, 162, 242, 320 II betreffende de gevolgen uit overeenkomst en in § 815 over de verrijking zonder oorzaak voorkomt. In het Zwitserse recht werd deze notie veralgemeend buiten deze betekenis (nl. *Treu* is de rechtsplicht van trouw aan het eenmaal gegeven woord, *Glauben* is de rekenschap op het feit dat de tegenpartij het gegeven woord zal nakomen), zoals blijkt uit art.2 C.C.: "*Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.*" In dit art.2 wordt het principe van *Treu und Glauben* opgenomen in een algemeen verbod van rechtsmisbruik. Het feit dat art.1,2 UWG naar *Treu und Glauben* (slecht vertaald als *la bonne foi* in de franstalige versie, beter is ROUBIER's *formule de la confiance légitime trompée*: *Théorie générale du droit*, blz. 175) houdt meteen ook in dat de grondslag van het verbod van oneerlijke mededinging gezocht wordt in het verbod van rechtsmisbruik. Zie hierna, blz. 572, noot 448. Verder: GOTZEN, o.c., I, nr. 73, blz. 82-83.

handelsfonds aangetast, waarvan het klienteel één der meest belangrijke elementen uitmaakt. Daarnaast echter zijn sommige praktijken, die rechtstreeks de concurrenten benadelen, doch geen invloed hebben op de omvang van het klienteel, evenzeer verboden (411).

De concurrentiehandeling kan dus worden gedefinieerd als een gedraging in verband met een economische of beroepsmatige activiteit, die aan zijn initiatiefnemer voordeel moet brengen boven hen die eenzelfde activiteit uitoefenen, een houding die er noodzakelijk toe strekt de eigen handelszaak te doen vooruitgaan door een vergroting van het klienteel en/of door zo sterk mogelijk uitschakelen van de concurrenten (412).

Art. 1,2 UWG geeft een exemplatieve opsomming van zulke handelingen, waarbij lid a, de vergelijkende reclame beheerst:

"Enfreint les règles de la bonne foi, par exemple, celui qui:

a. Dénigre autrui, ses marchandises, ses oeuvres, son activité ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes";

Aan deze bepaling ligt ten grondslag het verbod van een dénigrement, het zwartmaken van de economische prestaties en de activiteit van een concurrent wordt vereist, waarbij de nadruk ligt op de onjuistheid, het bedrieglijk karakter of de nodeloos krenkende aard der medegedeelde gegevens. Hieraan wordt van oudsher vastgehouden: de

(411) Aldus het aanstoken van werknemers tot het bekendmaken van fabrieks- of handelsgeheimen van de mededinger: art.1,2 f; het misbruiken van fabrieksgeheimen: art.1,2 g; het niet in acht nemen der gebruikelijke arbeidsvoorwaarden die in de branche gelden: art. 1,2 h UWG.

(412) SBG, 17 mei 1960, BGE, 86-II-108 (110-111) met verwijzingen; SCHMID, Die vergleichende Reklame, blz. 6; VON BUEREN, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, blz. 17 e.v.

Ook kunstenaars, artsen, advocaten kunnen onder de wet vallen: Botschaft des Bundesrats über den unlautern Wettbewerb vom 3 nov. 1942, gecit. bij GERMANN, o.c., blz. 132. Zie: SBG, 7 juni 1924, BGE, 50-I-157 (165-166).

objectief gehouden en juiste kritiek op de economische activiteit van een concurrent is principieel rechtmatig (413). Wat dit precies inhoudt wordt hierna omschreven aan de hand van de rechtspraak.

Art. 48 OR.

273. Het tot het van kracht worden der nieuwe wet (1 maart 1945) geldende art. 48 OR (414), dat meestal werd ingeroepen (415), luidde:

"Celui dont la clientèle est diminuée ou qui est menacé de la perdre par l'effet de publications erronées, ou d'autres procédés contraire aux règles de la bonne foi, peut actionner l'auteur de ces manoeuvres en cessation de celles-ci et lui demander, en cas de faute, la réparation du préjudice causé."

De bescherming door dit artikel geboden werd als te eng gevoeld, omdat slechts handelingen die hun uitwerking hadden op het klienteel konden worden beteugeld om ook de sancties van dit artikel onvol-

(413) SBG, 23 nov. 1895, BGE, 21, 1181 (1188); 6 nov. 1896, BGE, 22, 1164 (1174); 10 febr. 1917, BGE, 43-II-47 (51); 11 juni 1929, BGE, 55-II-178 (181); 15 jan. 1930, BGE, 56-II-24 (30); 26 jan. 1932, BGE, 58-II-22 (24-25); 20 dec. 1932, BGE, 58-II-449 (460); 17 jan. 1933, BGE, 59-II-15 (21-22); 3 dec. 1935, BGE, 61-II-343 (345); 15 dec. 1953, BGE, 79-II-409 (413 e.v.); 9 mei 1961, BGE, 87-II-113 (115-116).

De arresten van 1930, 1935 en 1953 verklaren uitdrukkelijk dat de stelling van het Hof diametraal tegenover die van het Franse recht staat; het arrest van 1933 verklaart hetzelfde voor het Franse en het Duitse recht.

Zo ook: GERMANN, o.c., blz. 271 e.v.; TROLLER, Schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, blz. 199-200; GILLIERON, Loi fédérale sur la concurrence déloyale, blz. 28. Contra: VON BUEREN, o.c., blz. 69.

(414) Opgeheven bij art. 21, eerste lid UWG. Tot 1911 was dit art. 50 OR.

(415) Ook art. 28 Code civil, wegens krenking van een persoonlijkheidsrecht, art. 41, 49 en 944 OR konden ingeroepen worden, doch dit gebeurde slechts uitzonderlijk: GILLIERON, o.c., blz. 16. Tussen 1937 en 1945 was er ook een klacht mogelijk wegens het afhandig maken van andermans klienteel op manifest oneerlijke wijze: art. 161 StGB.

ökonomische Wettbewerb darf ja rücksichtslos geübt werden, jeder Mitbewerber ist berechtigt, alle seine Kräfte anzustrengen, um sein Absatzgebiet noch auf Kosten der Konkurrenz zu erweitern. Allein wenn er auch dabei die Interessen keineswegs zu schonen braucht, so darf er noch nicht verletzend in deren Rechtssphäre eingreifen. Dies geschieht aber, wenn er durch unlautere, guter Verkehrssitte widerstrebende Mittel die gewerblichen Leistungen der Mitbewerber zu diskreditieren sucht, dieselben zu seinem Vorteil herabwürdigt. Dadurch wird ein Anspruch der Mitbewerber auf Anerkennung und Geltung ihrer Persönlichkeit im Verkehr, ihr Individualrecht ebenso gut verletzt wie in den Fällen, wo ein Mitbewerber den Ruf und das Ansehen, welche ein Anderer sich erworben hat, durch tauschende Verwechslungen für sich auszuüben unternimmt. Dagegen geht es zu weit, wenn in Doktrin und Praxis der Satz aufgestellt worden ist, dass es beim denigrement darauf überhaupt nicht ankomme, ob die zum Nachteil eines Konkurrenten behaupteten Tatsachen auf Wahrheit beruhen und der Tadel begründet sei oder nicht. Wenn zunächst ein Gewerbetreibender nur etwa behauptet, dass seine Produkte Eigenschaften besitzen, welche denjenigen eines Konkurrenten abgehen, oder von Mängeln frei seien, etc., so kann darin, selbst wenn bestimmte Konkurrenten deren Name und Preise namhaft gemacht werden, sofern diese Behauptungen wahr sind, keine rechtswidrige Handlung erblickt werden. Denn in den Konkurrenzkampf werden hier nur die eigenen Kräfte des Betreffenden eingesetzt, und dadurch nun, dass zur Beleuchtung der eigenen Vorzüge die Leistungen eines Anderen zur Vergleichung herangezogen werden, wird die dem Mitbewerber gebührende Anerkennung und Geltung an und für sich noch nicht angetastet."

Opmerkelijk is dat het Bundesgericht de ware vergelijkende reclame geen inbreuk op de persoonlijkheid van de concurrent acht, een ar-

gument dat elders jaren lang opgeld heeft gemaakt (420). Verder blijkt dat het Hof geen volledigheid eist van de vergelijking, noch wat betreft het aantal der aangegrepen concurrenten, noch wat betreft het aantal der vergelijkingsfactoren. Het Hof antwoordt ook op een aantal argumenten die tegen deze stellingen werden gemaakt: allereerst wordt de stelling verworpen als zou denigreren steeds - ongeacht de waarheid van het beweerde - onrechtmatig zijn. Argument daarvoor is dat slechts op eigen arbeid wordt geroemd en dat het verwijzen naar een concurrent de aan deze verschuldigde erkenning en waardering nog niet aantast. Maar het Hof gaat verder en weigert oneerlijke mededinging te zien in het naar waarheid aan de kaak stellen van de niet-realistische, bedrieglijke handelspraktijken van branchegenoten. Al erkent men de verdiensten van zulk optreden zo het van een buitenstaander uitgaat, het feit dat een concurrent eigen economische belangen en niet het algemeen belang nastreeft, maakt zulk optreden niet onrechtmatig. Nochtans is de waarheid van het beweerde feit alleen onvoldoende; ook de wijze van bekendmaking is belangrijk. Men mag geen oude koeien uit de sloot halen (421), hatelijkheden, vertekeningen en overdrijvingen zijn daarbij uit den boze, omdat zij de grenzen van de toegelaten kritiek overschrijden (422). Niet de abstracte waarheid, maar de

(420) Zo in Duitsland: NERRETER, a.o., GRUR, 1933, 8 (14); LEO, Das Verbot der vergleichende Werbung, WRP, 1960, 293 (294-5). Verdere verwijzingen en kritiek: EICHMANN, o.c., blz. 84 e.v. In België: de "klassieke" formulering van L. FREDERICQ, o.c., II, nr. 108, die de rechtspraak aldus karakteriseert: "Le concurrent a le droit qu'on ne parle pas de lui, même pour dire la vérité". Nadien overgenomen in enkele vonnissen. Zie SCHRICKER, a.c., AcP, 172, (1972), 203 (219); ULMER-SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, Belgien, nr. 381 en de verwijzingen. In 1911 (en tot 1945) nam art. 48 OR de krenking der economische persoonlijkheid als grondslag der oneerlijke mededinging aan. Zie supra nr. 48 OR.

(421) Aldus kan men na tien maanden niet meer reageren op een aanval van de tegenstrever: SBG, 10 febr. 1917, BGE, 43-II-47 (54).

(422) Vgl. SBG, 6 nov. 1896, BGE, 22, 1164 (1174), Roskopf-Uhr en SBG, 20 mei 1893, BGE, 19, 248 e.v.

gulden middenweg, gezien de totale context, is bepalend. Niet de formele waarheid - de juistheid of de exactheid der meegedeelde gegevens - maar de waarachtigheid van de reclame is relevant. Daarbij komt het op de innerlijke waarheid van de reclameboodschap aan. Deze is gerealiseerd, wanneer diegenen tot wie de reclame zich richt en die over een normaal oordeelsvermogen en de volgens de aard der reclame te verwachten opmerkzaamheid beschikken, een directe, waarachtige indruk der reclame opdoen (423).

275. Een tweede belangrijk geding (424) betrof een strijd tussen twee levensverzekeringsfirma's over een krantenbericht door één hunner, dat zij niet, zoals die en die andere maatschappij, wegens de oorlogsomstandigheden genoodzaakt was geworden haar dividend te verminderen dat aan verzekerden werd uitgekeerd. Het Hof merkt daaromtrent op dat het zo klaar mogelijk voorstellen van eigen voordelen boven die der concurrenten op zichzelf nog niet onrechtmatig is, maar dat daaraan toch zekere begrenzingen zijn gesteld.

"Der Konkurrent hat sich gegen solchen Reklame und Werbemitteilungen einmal, was die eigene Anpreisung betrifft, in den Grenzen der in dem betreffenden Geschäftszweig üblichen

Anständigkeit zu bewegen und namentlich unwahre, "schwindelhafte", das Publikum täuschende Anpreisungen zu unterlassen; er hat sich sodann bei Heranziehen der Konkurrenz zu Vergleichen unnötiger, besonders aber verletzender und wahrheitswidriger Behauptungen zu enthalten und alles zu vermeiden, was nach Inhalt und Form eine Herabsetzung bedeutet -, es wäre dann, derartige Angriffe seien provoziert worden oder es handle sich um Notwehr oder doch berechtigte Abwehr."

(423) SCHMID, o.c., blz. 64-65, onder verwijzing naar VON BRAUNMUEHL, Wahrheit in der Werbung, Archiv für das Wirtschaftsrecht, 1935, 63 e.v. Adde: SBG, 10 febr. 1917, BGE, 43-II-47 (52); SBG, 9 mei 1961, BGE, 87-II-112 (116). SCHOENHERR, Die vergleichende Reklame, blz. 46.

(424) SBG, 10 febr. 1917, BGE, 43-II-47 (vooral 51 tot 55).

Dat er ter vrijwaring van rechtmatige belangen werd gehandeld is juist. De bittere concurrentie op het gebied der levensverzekeringen in Zwitserland trad met de wereldoorlog in een bijzondere fase, waarbij de maatschappijen gingen appelleren op de nationalistische gevoelens van het publiek. Daartegen is niets in te brengen, zo lang dit binnen gezonde, verstandsmatige grenzen blijft; worden deze overschreden dan maakt dit een onrechtmatige daad uit. Bij het maken van reclame moet de adverteerder zich afstellen op de gezindheid van het publiek op het ogenblik van de publicatie (425). Zo moest de levensverzekering weten dat, wegens de oorlogsomstandigheden, het publiek zich gemakkelijk laat alarmeren en overdreven beweringen kritiekloos voor waar aanneemt. Uit de bewoordingen van de reclame bleek dat een valse indruk werd gewekt doordat men voor de aangegeven feiten een andere dan de werkelijke oorzaak suggereerde. Dit volstond om de reclame onrechtmatig te achten.

276. Een derde geschil betrof de publicatie van een tabel die verschillende minerale waters volgens hun mineraalgehalte rangschikte en een tabel met de procentuele verhouding op grond van de mineraalgehaltes, waarbij het cijfer van de adverteerder op 100% werd gesteld. De rangschikking was door een deskundige gemaakt en de reclame ermee werd door een andere deskundige misleidend geacht omdat de indruk werd gewekt dat het mineraalgehalte alleen bepalend zou zijn voor de kwaliteit van het water (426).

Het Hof beschouwde de ranglijst als juist en verwierp daarbij het argument dat niet alle Zwitserse waters werden onderzocht, doordat de adverteerder de twee best beoordeelde waters, volgens de gestelde criteria, niet had opgenomen (427) de ranglijst nog niet

(425) Zo ook: SBG, 9 mei 1961, BGE, 87-II-113 en GRUR AIT, 1961, 544.

(426) SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178 (181-182).

(427) Nochtens werd enkele jaren later onrechtmatig geoordeeld, het kiezen uit meerdere, verschillende onderzoeken van het ongunstigste voor de concurrent: SBG, 26 jan. 1932, BGE, 58-II-22.

onjuist werd en bij opname van deze twee eiseres op een nog lagere plaats zou hebben gestaan, zodat zij zich daarover niet kon beklagen.

De publicatie druist ook niet in tegen Treu und Glauben. Immers, een aanprijzing die binnen het raam van een objectieve vergelijking der eigenschappen van eigen en andermans waar blijft, overschrijdt de grenzen van de toegelaten economische propaganda niet, voor zover ze op juiste gegevens steunt, ook al stelt men voor het overige voordelen van het eigen produkt in een helder licht. Alleen de aanprijzing die slechts zwartmaking en afbreken der concurrenten beoogt, is niet rechtmatig.

Verder laat het Hof opmerken dat de reclame toch één wezenlijke maatstaf voor de keuze van mineraalwater aangeeft; dat het publiek vooral op grond van de smaak van mineraal water oordeelt en dat eiser toch gemakkelijk de reclame in kwestie door tegemaatregelen kan bekampen.

277. Een vierde geschil ging over een breed opgezette campagne van zwartmaking en bekladding van de waren van een concurrent, gepaard gaande met aansporingen aan winkeliers om op vraag naar zijn produkten het geadverteerde in de plaats te geven (428).

Na bevestiging van de hoger gestelde algemene regel, preciseerden het Hof het begrip afbreken en bekladden als het voorstellen van de eigen aard van een concurrerend product (hier strooien en vloeibare kruidenaroma's) als zijn de een tekortkoming, het gebruiken van uitdrukkingen die het concurrerend produkt als minderwaardig laten voorkomen, het scheppen van begripsverwarring en het gebruiken van termen die op geringschatting en op het verlagen van een concurrerend produkt neerkomen.

(428) SBG, 15 jan. 1930, BFE, 56-II-24 (31-32).

278. In de zaak Migros v. Henkel (429) betrof het eveneens de zwartmaking van een concurrent, het aanhaken aan bekende produkten van deze en een kritiek op zijn prijsbeleid. Verboden werd het openbaar belachelijk maken van de concurrent door een woordenspel (430), de hatelijke uitlatingen over de aard van de concurrerende ondernemingen en over haar prijsbeleid. Ook het teren op andermans goodwill is oneerlijk omdat de concurrent het zich niet moet laten welgevalen dat een ander moeiteloos de resultaten van zijn door inspanningen en geld bereikte verworvenheden uitbuit (431).

279. Dezelfde eiseres - een warenhuizenketen - kreeg het even nadien aan de stok met de Sunlight Company, omtrent de reclame voor een allesreinigend middel (432). Het hof ging er daarbij van uit dat het niet onjuist en dus niet ongeoorloofd is, de gelijke kwaliteit, doch aan een geringere kostprijs, van het eigen produkt met dat van de concurrent te benadrukken, zelfs zo geringe samenstellingsverschillen bestaan. De reclame druiste echter in tegen de goede trouw omdat op bedekte wijze werd gesteld dat de concurrent het publiek uitbuitte (433) en het prijsverschil wekerwinst betekende. Zulke waarderingen en moraliteitsbeoordelingen vereisen dat het publiek de ware toedracht der zaken kent of dat tenminste wordt aangegeven op een niet mislei-

(429) SBG, 20 dec. 1932, BGE, 58-II-449 (460 e.v.)

(430) Zo ook: SBG, 17 jan. 1933, BGE, 59-II-15 (25).

(431) Het zgn. Vorspann-argument der Duitse rechtspraak. Vgl. SBG, 27 mei 1924, BGE, 50-II-195 (201), Vin de Vial, waar er tevens op gewezen wordt dat de merkhouder zulke aanhakende reclame niet hoeft te dulden, omdat zij tot verwateren van zijn merk leidt.

(432) SBG, 17 jan. 1933, BGE, 59-II-15 (21 e.v.).

dende wijze, op welke feiten dit oordeel steunt, zodat de lezer kan oordelen. Ook de aanbeveling het produkt van een met name genoemd concurrent niet te kopen, is op zichzelf onrechtmatig (433)

280. In de Lux-zaak (434) tussen dezelfde partijen, stelde Migros in haar reclame dat de door haar gemaakte waarderungen over Lux-zeep (het product der Sunlight-Company) in haar tijdschrift niet deel uitmaakte van enige concurrentiestrijd, maar sociaal-economische en -politieke doeleinden nastreefde, welke vrije kritiek noodzakelijk is en met concurrentie niets te maken heeft. Het Hof verwierp echter deze gedachtengang en stelde dat, zo economische kritiek in een context van concurrentie wordt geuit, deze kritiek volgens het UWG moet worden beoordeeld. Dat dit noodzakelijk wordt afgeleid uit het feit dat Migros geen econoom is, die zonder direct pecuniair belang voor een opinie vecht, maar een handelaar die in scherpe concurrentie staat met de firma Sunlight op het gebied van zeep (435).

Ook had de firma Migros aanplakbiljetten in haar warenhuizen uitgehangen met de tekst "Verkauf verboten auf Antrag des Oeltrusts". (436). De eis om deze handelspubliciteit te doen ophouden wordt

(433) Zo ook: SBG, 3 dec. 1935, BGE, 61-II-343 (346). Volgens GERMANN, o.c., blz. 257, was het Hof hier, gezien de feiten, te streng.

(434) SBG, 15 dec. 1953, BGE, 79-II-409 (411 e.v.).

(435) De Zwitserse rechtspraak (bv. SBG, 9 nov. 1932, BGE, 56-II-430 en SBG, 6 okt. 1964, BGE, 90-II-315 (323), Elin) neemt gemakkelijk een concurrentieverhouding aan: men gaat voort op de waarschijnlijkheid en volstaat ermee vast te stellen dat de aangesproken clientele gedeeltelijk dezelfde is, ongeacht de trap van de distributieladder waarop beide tegenstanders in het geding zich bevinden. Vgl. VON BUEREN, o.c., nr. 45, blz. 19.

(436) In een vroegere procedure (SBG, 12 febr. 1952, BGE, 78-II-164) was, wegens merkinbreuk, aan Migros verboden uit de Verenigde Staten ingevoerde Lux-zeep aan lagere prijs dan de in Zwitserland vastgestelde verkoopprijs te verkopen.

door de firma Sunlight in de ogen van het publiek krenkend wil karakteriseren en ook omdat Sunlight niet moet dulden dat een door haar gewonnen proces wegens merkinbreuk tegen haar als reclame voor de overtreder wordt uitgebuit. Daarom faalde het beroep op de vrijheid van meningsuiting, dat door Migros was ingeroepen (437).

Beoordeling.

281. Principieel heeft het Hof steeds gesteld dat kritisch vergelijkende reclame geoorloofd is, voor zover zij zich houdt binnen de perken van een objectieve vergelijking van de eigenschappen der onderscheiden producten. Ook al stelt de adverteerder het eigen produkt in het zonnetje, indien dit op juiste gegevens berust is dit toegelaten. Nochtans lijkt het erg moeilijk deze schijnbaar ruim getrokken perken niet te overschrijden, zelfs al blijkt dat als uitdrukkelijke vereisten slechts de eis van waarheid of juistheid zijn gesteld, en dat de eisen van volledigheid en zakelijkheid slechts in ondergeschikte orde worden gesteld.

Onjuistheid wordt vlug aangenomen. Om ze te beoordelen stelt men af op de opinie van de doorsnee-lezer, die men echter als nogal snel verkeerde conclusies trekkend opvat (438) en waarvan men het oordeel terecht als sterk tijdsgebonden aanziet (439). Ook

(437) De Zwitserse rechtspraak erkent wel dat het recht op reclame een uitvloeisel is van het grondrecht der vrijheid van handel en nijverheid (art. 31 Bundesverfaesung), echter niet van het recht op vrije meningsuiting: SBG, 23 maart 1921, BGE, 47-I-45 (51); 23 maart 1928, BGE, 54-I-94 (96); 20 juni 1941, SBG, 67-I-80 (86-87).

(438) SBG, 15 jan. 1930, BGE, 56-II-24 (33); 26 jan. 1932, BGE, 58-II-22 (27); 20 dec. 1932, BGE, 58-II-449 (461); SBG, 17 jan. 1933, BGE, 59-II-15 (24); SBG, 3 dec. 1935, BGE, 61-II-343 (346). Anders: SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178 (182), waar aan het publiek veel meer kritische zin wordt toegemeten. Zie de bespreking van dit arrest supra.

(439) SBG, 10 febr. 1917, BGE, 43-II-47 (52); SCHMID, o.c., blz. 63-64.

inzake de vereiste graad van zakelijkheid is men streng: suggestie, hatelijkheden, misprijzen en moraliteitsbeoordelingen zijn steeds uit den boze (440). Een waardering van het eigen tegenover het concurrerend produkt mag slechts uitgesproken worden zo precies aangegeven wordt waarop deze waardering steunt (441) of zo de ware toedracht algemeen gekend is (442). Het beweerde mag echter ook niet te ver terug in de tijd gelegen zijn (443), noch mag men op grond der ongunstigste feiten over de tegenstander uitspraak doen, wanneer daarnaast de mogelijkheid bestond op grond van andere feiten tot een gunstiger uitspraak te komen (444).

Volledigheid van de vergelijking is niet vereist, zomin wat betreft het aantal der aangegrepen concurrenten (445), als wat betreft de factoren die voor bespreking in aanmerking komen (446). Vereist is dat het totaalbeeld op grond van deze partiële gegevens naar voor geroepen, niet wordt vertekend of vervalst (447).

(440) SBG, 26 jan. 1932, BGE, 58-II-22 (25); 20 dec. 1932, BGE, 58-II-449 (460-61); 15 dec. 1953, BGE, 79-II-409 (413 e.v.). Vgl. SCHMID, o.c., blz. 76.

(441) SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178 (182) achtte aldus voldoende het enkele aanduiden van het mineraalgehalte der verschillende waters. SBG, 29 juni 1894, BGE, 20, 557, stelt echter dat de bewering waarbij men prat gaat op iets wat slechts korte tijd was gerealiseerd, onrechtmatig is.

(442) SBG, 17 jan. 1933, BGE, 59-II-15 (30); 3 dec. 1935, BGE, 61-II-343 (347).

(443) SBG, 23 nov. 1895, BGE, 21, 1181 (1189); Botschaft des Bundesrats über den unlautern Wettbewerb vom 3 Nov. 1942, gecit. bij TROLLER, o.c., blz. 199, voetnoot 20.

(444) SBG, 26 jan. 1932, BGE, 58-II-22 (25-26).

(445) SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178 (181).

(446) SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178 (181).

(447) SBG, 26 jan. 1932, BGE, 58-II-22(25); SBG, 29 juni 1894, BGE, 20, 557.

Het feit dat men de oneerlijke mededinging als een vorm van rechtsmisbruik beschouwt, brengt mede dat de concurrent slechts binnen de grenzen van het voor een objectieve vergelijking noodwendige, de producten en andere economische prestaties van een concurrent mag bespreken. Gedeeltelijk blijkt dit uit de manier waarop men de eis van zakelijkheid, juistheid en volledigheid opvat. Aldus moet men krenking van de mededinger vermijden, wanneer dit mogelijk is (448). Deze eis wordt slechts terzijde gesteld zo men uit afweer, noodtoestand of als antwoord op provocatie of zo men de oneerlijke handelingen van een concurrent wil belichten. Behoudens bij noodzaak, moet de adverteerder zich binnen de grenzen van de economische prestaties van de concurrent houden (449), persoonlijk vergelijkende reclame zal dus slechts zeer uitzonderlijk toelaatbaar zijn (450). Dit kan slechts zo zijn indien het algemeen belang met de mededeling is gediend in een mate dat het belang van de betrokken concurrent moet wijken en daarbij blijft steeds een strenge eis van objectiviteit gesteld.

De vereisten zijn streng en het is opvallend dat het Zwitserse Bundesgericht sinds 1930 geen enkel geval van rechtmatig geoordeelde vergelijkende reclame erkende. De beide gevallen van vóór deze datum die rechtmatig werden geacht (451) zouden thans zeer

(448) SBG, 10 febr. 1917, BGE, 43-II-47 (55); Obergericht Appenzell-Ausserrhoden, 1 juli 1958, GRUR AIT, 1962, 137 verklaart aldus onrechtmatig de oproep tot de consumenten de geadverteerde waren met die van een met name genoemd concurrent te vergelijken.

(449) SCHMID, o.c., blz. 79.

(450) SBG, 15 dec. 1953, BGE, 79-II-409 (416 e.v.); SBG, 9 mei 1961, BGE, 87-II-113 (116). SCHMID, o.c., blz. 93. Minder streng: TROLLER, o.c., blz. 198-199; SBG, 16 okt. 1934, BGE, 61-II-343 (345).

(451) SBG, 6 nov. 1896, BGE, 22, 1164, Roskopf-Uhr, waar rechtmatig wordt geacht de uitspraak over een concurrerend product dat dit uiterlijk zeer armoedig, niet om aan te zien en plomp van vormgeving is, en het hoger besproken SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178.

zeker niet meer als in overeenstemming met Treu und Glauben worden aanvaard (452).

Hieruit blijkt dat in een land waar een principieel verbod nooit gold, het voor de concurrenten uiterst moeilijk is om een onbedenkelijke, waardevolle reclame te maken die verbruikersnuttig is en niet meteen evenzeer in een land met principieel verbod zou rechtmatig zijn, wegens het bestaan van een uitzonderingstoestand. Uiteindelijk blijkt dat ook in Zwitserland slechts onaanvechtbare vergelijkende reclame werd en kan worden gevoerd, in gevallen waar het betrekken bij het eigen aanbod van de prestaties van mededingers door de noodzaak ervan om het eigen aanbod te kunnen bekendmaken, werd opgedrongen (453). Dan echter bestaat er wezenlijk geen enkel verschil meer met die landen die van een principieel verbod met uitzonderingen uitgaan.

(452) GERMANN, Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, Festschrift für Walther Hug, blz. 223. Vgl. TROLLER, o.c., blz. 200; VON BUERN, o.c., blz. 69: "Im Grunde geht der Streit um Worte, weil die Rechtsprechung sachlich die vergleichende Werbung stets verurteilt hat."

(453) GERMANN, a.c., Festschrift für Walter Hug, blz. 225. Het Zwitserse Zeitungsverleger-Verband verbiedt de opname van vergelijkende reclame aan zijn leden om conflicten met klanten te voorkomen. Ook het Schweizerische Inserenten-Verband beveelt zijn leden aan geen vergelijkende reclame op te nemen. Zie B.AUER et alii, Vergleichende Werbung, blz. 80 e.v. Dit staat in schrille tegenstelling met het optimistische beeld der Zwitserse praktijk, zoals die door sommige voorstanders van de opheffing van een verbod van vergelijkende reclame in Duitsland wordt afgeschilderd. Zie aldus; VULF, OLG Bremen erlaubt vergleichende Werbung, WRP, 1962, 25 (26); MAERZEN, a.c., ZfhF, 1962, 284 (296).

§ 6. Besluit

282. Indien wij samenvattend de onderscheiden belangen bij vergelijkende reclame willen preciseren, dan dringt zich het volgende op:

1. de verbruikers zouden werkelijke voorlichtingselementen voor een rationele aankoop in de reclame moeten kunnen herkennen, die economisch relevant zijn. Deze elementen zouden moeten dragen op prestaties in verband met de aangeboden waar (454) en niet op de handelszaak of de persoon van de ondernemer, tenzij dit nodig is of economisch relevant.

Hiermee botst het belang van de adverteerder (455), die zonder wettelijke dwang zulke verstrenging van de zakelijkheidseis niet zal aanvaarden, omdat dit zijn vrij initiatief beknoot en het aanprijzing karakter van de gevoerde reclame kan in het nauw brengen.

2. de adverteerder mag van zijn reclame eisen dat zij hem een zo groot mogelijk nut afwerpt in verhouding tot de kosten die hij daartoe dient te maken. Dit nut wordt vertaald door de kracht, de efficientie dat het appél aan een koopmotief bij de verbruikers voor hem heeft. In functie hiervan moet hem een zekere vrij-

(454) SCHWARZENFISCHER J., Der Leistungswettbewerb, blz. 326 e.v. noemt dit de afzetprestatie, die hij de enige relevante prestatie van de concurrentie noemt. Deze differentieert zich in de kernprestatie (alles wat de waar zelf betreft: prijs, kwantiteit en kwaliteit), de vervolledigingsprestatie (bv. betalingsfaciliteiten) en in de bijzondere prestaties (bv. premies).

(455) Omwille van de fundamentele vrijheid van reclame kan de adverteerder niet gedwongen worden met de eigenschappen van de aangeboden waar alleen reclame te maken. Wel is de beperking tot de economische prestaties noodzakelijke voorwaarde opdat de door hem gevoerde vergelijkende reclame rechtmatig zou kunnen zijn. Zie: BGH, 15 maart 1967, GRUR, 1967, 596, noot UTESCHER, Kuppelmuffenverbindung; BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443, noot KNOPP, 40% können Sie sparen.

heid worden gelaten bij het adverteren: ook het succesvol kunnen adverteren is een economische prestatie die bescherming verdient. Bovendien moet de adverteerder van een zekere mate aan vrijheid genieten bij het kiezen van de doelstellingen die hij aan zijn adverteren zal ten grondslag leggen. In functie daarvan moet hij ook op verschillende wijzen kunnen adverteren. Nochtans moet hij daarbij de belangen van het publiek en de rivaliserende ondernemers ontzien en dienen hem dus beperkingen te worden opgelegd. Zijn activiteit dient steeds met enige achterdocht te worden bekeken: in wezen is zij gericht op de uitschakeling der rivaliserende ondernemers en op de onderwerping van de consumenten aan zijn wil. Dit rechtvaardigt de strengheid der gestelde vereisten.

3. de rivaliserende ondernemers hebben recht op de mogelijkheid om aan de strijd om de koopkracht van de consumenten deel te nemen en op een zekere mate aan fair-play vanwege hun tegenstanders. Daarom mag men slechts door eigen arbeid en de bekendmaking van de resultaten daarvan trachten de tegenstanders te verdringen.

4. de professionele adverteerder, die de reclamecampagne orkestreert wordt meestal niet als afzonderlijk belanghebbende beschouwd, doch zijn belangen worden geacht samen te vallen met die van zijn opdrachtgever, die men meestal de adverteerder noemt. Het is vooral het recht op een zekere creatieve armslag dat aan hem toekomt.

5. Het algemeen belang mag ook niet uit het oog verloren worden. Dit werd hier gedefinieerd onderscheiden van het belang van het kopende publiek, als de eigen vereisten van de economische orde als zodanig.

283. Elk handelen in het economisch verkeer beroert steeds in min of meerdere mate al deze belangensferen. De verbruiker grijpt door zijn koopbeslissing in op het wel en wee van ondernemingen, van de ganse branche en zelfs van de gehele markt. Zijn antwoord op een reclamecampagne beïnvloedt het succes van de advertentie-bureaus. Zijn wensen kunnen de staat tot ingrijpen ter vrijwaring van in het gedrang gebrachte en als noodzakelijk voor de economische orde beschouwde waarden nopen. Zo wordt zijn koopgedrag tot een publieke machtsfactor en kan geen der geïnteresseerden onverschillig laten hoe de verbruiker zich zijn mening vormt over zijn aankoopgedrag en op welke wijze hij deze mening in handelen omzet (456).

Zoals dit belangenconflict zich thans voordoet, is het duidelijk dat de consument zich van zijn macht op de markt nog onvoldoende bewust is en dat een rationeler uitoefening daarvan wenselijk te achten is (457). Of men voor de bevordering van dit rationeel gedrag de ondernemers vergelijkende reclame moet laten maken is echter zeer betwifelbaar : veeleer blijkt dat de ondernemers in hun opvattingen over hun taak in de maatschappij en over reclame, met het wezen van een goede voorlichting onverenigbare opvattingen huldigen. Sensationele vergroting van de marktdoorzichtigheid en bevordering van het rationele koopgedrag der verbruikers moet men van de reclame niet verwachten. Wel kan worden gepleit voor een zekere versceping van de rechtspraak om reclame, die streng objectief en voldoende volledig en zakelijk werd gehouden, als rechtmatig te erkennen (458). De tot heden (456) SCHWARZENFISCHER, o.c., blz. 19.

(457) Vgl. G. SCHRICKER, Entwicklungstendenzen im Recht des unlautern Wettbewerbs, GRUR, 1974, 579 (585).

(458) Vgl. VAN BUNNEN L., a.c., Ann.Dr., 1970, 35(43).

door de reclamepraktijk bereikte resultaten zijn echter, gezien vanuit het standpunt der voorlichting van de verbruikers of van het algemeen belang verre van overtuigend te noemen.

284. De Duitse rechtspraak geeft geen enkel geval van werkelijk vergelijkende reclame die aan deze eis voldoet. Wel zijn er op beperkt terrein, t.t.z. reclame met geringe voorlichtingsinhoud, enkele gevallen aanwijsbaar van een voor de consument nuttige bekommernis om zijn rationele keuze. Meestal uit zich deze bekommernis naar aanleiding van een als schadelijk gevoeld gedrag vanwege een concurrent waartegen wordt gereageerd door de geschade concurrent (459), ofwel betreft het een advertentie-campagne waarin vrij algemeen, t.t.z. zonder directe, in namen van concurrenten uitgedrukte betrokkenheid (460), reclame wordt gemaakt (461). Daar echter in geen dezer gevallen een duidelijk motiverende voorlichting voor de consument aanwezig is, kan men stellen dat de door de Duitse rechtspraak met kennelijke nadruk geformuleerde regel, niet direct door de aan het Bundesgerichtshof voorgelegde gevallen werd versiet.

In België toont de rechtspraak één geval van relevante voorlichting. In de Readers Digest-zaak (462) ging het echter om een advertentie met omzetcijfers van verschillende mogelijke advertentiemediën met het oog op het aanlokken van potentiële adverteerders. Kon aan de volledigheid van het doorgevoerde onderzoek wor-

(459) BGH, 10 jan. 1968, GRUR, 1968, 645, Pelzversand; BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159, noot SCHULZE ZUR WIESCHE, Motorjacht.

(460) Mogelijk echter kon de aangesproken consument op grond van de eigen branchekennis de vooral geïdentificeerde concurrenten herkennen: BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422, noot KNOFF, Tauchkühler.

(461) BGH, 10 juni 1964, GRUR, 1965, 96, noot SEYDEL, 20% unter dem empfohlenen Richtpreis; BGH, 23 febr. 1968, GRUR, 1968, 443, noot KNOFF, 40% können Sie sparen.

(462) Brussel, 23 nov. 1953, J.C.B., 1954, 19.

den getwijfeld, deze omstandigheid blijkt minder relevant, aangezien de advertentie niet tot het kopende publiek was gericht.

Ook in Nederland is geen in de praktijk gerezen geschil aanwijsbaar waar de bevochten reclame de verbruiker daadwerkelijk voorlichting bood. In het Ochtendvoer-arrest (463), dat mogelijk in aanmerking kan komen, ging het om een vergelijking met het produkt van één enkele concurrent en ontbrak de vereiste volledigheid, zodat, bij bestaan van meerdere concurrenten, de aangegrepene schade leed in een mate die buiten verhouding staat met het aantoonbaar voordeel der consumenten. Het beweerde bevatte trouwens ook onbewezen insinuaties (464).

Ook de Zwitserse rechtspraak kent slechts één geval van partiële relevante voorlichting. In het Henniez-geval (465) ging het slechts om één karakteristiek van mineraalwater en werden bovendien de beter gerangschikte concurrenten niet vernoemd. Omdat andere relevante karakteristieken niet werden vermeld - als de biologische zuiverheid, aanwezigheid van irrelevante, t.t.z. door het organisme niet opneembare mineralen, slechte onderlinge dosering der aanwezige mineralen (466), aanwezigheid van schadelijke minerale stoffen - en omdat beter te rangschikken waters niet werden opgenomen, wordt door deze reclame zulke grote denkactiviteit en kritische zin vanwege de consument verondersteld, dat deze reclame vanuit het oogpunt der verbruikersvoorlichting niet verdedigbaar is.

Hieruit mag dus besloten worden dat de adverteerder slechts tot zeer korte, juiste reclame in staat is die geen mededingers direct met namen vernoemd en op voorwaarde dat de prestaties van de adverteerder zulke uitspraak rechtvaardigen.

(463) H.R., 22 nov. 1934, N.J., 1935, 529, noot MEIJERS en conclusie Adv. Gen. WIJVELDT.

(464) SLAGTER, Preadvies, blz. 138-139.

(465) SBG, 11 juni 1929, BGE, 55-II-178.

(466) Bv. Niet-aanwezigheid van sommige relevante mineralen tegenover aanwezigheid van slechts enkele mineralen in zeer hoge concentratie.

285. De mogelijkheden van voorlichting der verbruikers door impliciet of expliciet vergelijkende reclame mogen dus niet overschat worden en rechtvaardigen dus geenszins het opgeven van een soepel geïnterpreteerde eis van noodzaak.

Daarom zal ook de mogelijkheid voor andere vormen van reclame moeten worden open gelaten, die aan deze strenge vereisten niet voldoen, doch die ook de prestaties van de andere ondernemers ongemoeid laten. Het publiek houdt van een zekere mate aan irrationaliteit in de reclame en heeft daar dus ook een zekere behoefte aan, behoefte die kan uitlopen op het aankopen van het aldus geadverteerde. Een bescherming van het publiek op dit terrein tegen zichzelf, bescherming die verder zou reiken dan een verbod van misbruik door uitbuiting van zwakheden (goedgelovigheid, caritatieve gevoelens etc.) is dan ook ongewenst.

286. Er is verder ook het feit dat, zelfs al mocht de verbruiker voordeel halen uit de door de vergelijkende reclame geboden informatie, zijn belang niet steeds hoeft te primeren en ook niet noodzakelijk te verkiezen valt boven het belang der aangegrepen concurrenten (467). Weliswaar is men er zich thans meer en meer van bewust dat bij de redactie en de toepassing van het concurrentierecht terdege met het algemeen belang dient rekening te worden gehouden. Daarmee wordt vaak het consumentenbelang gelijkgesteld. Deze twee zijn nochtans niet identisch: wel is het consumentenbelang een algemeen belang, doch het algemeen belang is ruimer en omvat naast de onderscheiden belangen der deelnemers aan het economisch verkeer ook het belang dat de economische

(467) Vgl. DERENBERG, a.o., GRUR AIT, 1972, 1 (5).

orde zelf kan hebben bij een bepaalde regeling, ook al is deze op het eerste gezicht in strijd met het belang van een der andere betrokkenen. Het algemeen belang, in de zin van het belang der economische orde als zodanig, kan door het vigerende concurrentierecht ook beter behartigd worden dan het belang van het kopende publiek dat in alle concurrentiewetten slechts indirect of marginaal wordt beschouwd. Indirect omdat nog steeds het recht der eerlijke concurrentiepraktijken stoelt op de idee van een codex van handelsethiiek, zoals deze leeft in de middens die onderling wedijverend in het produktie- of distributieproces zijn betrokken (468), marginaal omdat slechts als uitzondering (afgezien van eventuele strafrechtelijk gesanctioneerde normen, die zelf marginaal zijn of zijn geworden) aan de verbruikers de actieve hoedanigheid bij de beteugeling der oneerlijke praktijken is ingeruimd. Bovendien blijkt dat nog steeds in hoofdzaak de onderlinge censuur der branchegenoten geacht wordt voldoende te zijn voor een efficiënte nastreving van het algemeen belang in de concurrentiewetgeving. Dit blijkt ook uit het feit dat in de verschillende gevallen waarin vergelijkende reclame toelaatbaar wordt geacht, het belang van de adverterende ondernemer de werkelijke oorzaak voor hun aanvaarding is geweest (469). Dit is duidelijk zo in het geval waar vergelijkingen op aanvraag worden

(468) Afgezien van Nederland, waar voor het concurrentierecht principieel dezelfde regels gelden als diegene die het algemene leerstuk der onrechtmatige daad beheersen.

(469) Ook in Duitsland is het manifest dat een beroep door de adverteerder op het belang van het kopende publiek bij de geboden voorlichting in de reclame, in vele gevallen overbodig was, omdat de adverteerder een minstens even sterk belang had bij de verbreide vergelijkende beweringen. Men zie aldus: BGH, 4 dec. 1968, GRUR, 1969, 283, noot HARMSSEN, Schornsteinauskleidung; BGH, 3 april 1970, GRUR, 1970, 422, noot KNOPF, Tauchkühler; BGH, 27 nov. 1970, GRUR, 1971, 159, noot SCHULZE ZUR WIESCHE, Motorjacht.

verstrekt en waarvoor de beradende functie van de handel als doorslaggevend motief geldt (470).

Weliswaar heeft de recente rechtspraak en rechtsleer ook steun gezocht in het voordeel dat consumenten in zulke uitzonderingsgevallen aan de vergelijkingen kunnen hebben; los daarvan echter kan elk van deze gevallen voldoende gemotiveerd worden vanuit het belang van de adverteerder alleen.

En zelfs het beroep op de behartigen van het algemeen belang of van het belang van het aangesproken publiek, dat men soms als voldoende of noodzakelijke grond voor de rechtmatigheid der vergelijkende reclame aanvaardt, wordt wezenlijk gezien vanuit het standpunt van de adverteerder. Zowel in Duitsland, in Zwitserland als in Nederland, wordt het optreden vanuit de concrete situatie van de adverteerder en van de markt beoordeeld: het blijkt niet uit de rechtspraak dat elke vergelijkende reclame die het publiek voorlichting verschaft op een correcte wijze daarom en daarom alleen, toegelaten is. In geen der landen gaat men er dus van uit dat de adverteerder principieel en steeds een aangewezen behartiger is van het belang van het publiek bij economisch relevante verkoopsinformatie.

287. Een verbruiker die van zijn macht op de markt een consequent gebruik wil maken is daarom, zowel door zijn ingesteldheid, als omwille van een inachtneming van de belangen der andere betrokkenen, eerder aangewezen op voorlichting uit onder-

(470) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 50 bij § 1 UWG; EICHMANN, o.c., blz. 201; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 161. Dit blijkt uit het feit dat - op Duitsland na - de uitlokking van de aanvraag als onrechtmatig wordt beschouwd: GOTZEN, Vrijheid van beroep, nr. 1001; Hof Leeuwarden, 27 juni 1956, N.J., 1957, 597. Anders: GOTZEN, Vrijheid van beroep, nr. 1000, die steunt op het recht op voorlichting van het kopende publiek en het verbod van bedrog. Dan echter zou een veel grotere vrijheid voor het uitlokken der vraag om voorlichting moeten worden gegarandeerd. Gaat men uit van de beradende functie van de handel, dan is het evident dat de beradende persoon op het gebied dient te blijven waarop om zijn raad werd gevraagd, zodat hij slechts na aanvraag mag vergelijken.

linge zelfhulp geboren en door een neutraal organisme verstrekt. Het correlaat der vrijheid van reclame is voor hem een vrijheid van controle of van eenvoudige aanvaarding der verstrekte gegevens (471). Het oordeel of en wat hij zal controleren en hoe hij dit zal doen, dient aan de verbruiker overgelaten te worden. Diegene wiens beweringen zullen gecontroleerd worden kan alleen trachten de eigen prestaties zo goed mogelijk voor te stellen en aldus het oordeel te zijnen voordeel te doen uitvallen. Immers, de reclame laat niet toe een pasklaar en valabel oordeel aan de consument te verstrekken over meer dan de eigen prestaties. Daarom lijkt het aangewezen dat de adverteerder, buiten noodzaak, zich tot de lof der eigen prestaties zou beperken.

288. In het belang van de adverteerder en van de betrokken ondernemers dient men zekerheid te eisen wat het toepasselijke recht betreft. Daartoe is vereist dat er een vrij duidelijke begrenzing bestaat tussen het geoorloofde en het ongeoorloofde, omschreven in functie van de aard en de mogelijke inhoud van de gevoerde reclame. Omwille echter van het dynamisme van het economisch leven zijn starre regels niet te definiëren en moet steeds de mogelijkheid bestaan rekening te houden met de concrete omstandigheden.

Vereist moet worden dat, hoe objectiever (juist, volledig en zakelijk) de adverteerder zijn reclame stelt, hoe groter zekerheid hij verkrijgt omtrent de rechtmatigheid. Maar, gezien de eigen aard van deze objectiviteit, de belangen van de andere ondernemers, van de verbruikers en van de staatsordening en de bewezen, moeilijke realiseerbaarheid van deze vereisten, volstaan deze

(471) Rb. Seine, 14 april 1923, B.J., 1925, 188; Rb. Amsterdam, 1 april 1932, W., 1932, 12474. Bij het maken van anti-reclame moet de consument echter voorzichtig zijn en niet overdrijven: Pres. Rb. Rotterdam, 26 febr. 1974, N.J., 1974, 378.

niet en lijkt een duidelijk principieel standpunt over de geoorloofdheid van de verwijzing naar de andere ondernemers vereist. Van een klaar en duidelijk principe gaat een zekere preventieve werking uit: het zet de adverteerders ertoe aan slechts over de prestaties van andere ondernemers te praten met omzichtigheid en omdat zij ertoe gedwongen worden. Zo wordt het eigenbelang gericht naar een zekere discipline die niet alleen de adverteerder maar ook de andere belanghebbenden tén goede komt. Alleen op deze wijze kan men een eis van matiging en van fair-play in het systeem zelf inbouwen en tot uiting laten komen. Dat dit de rechtszekerheid bevordert komt vooral tot uiting in de Nederlandse (472) en in mindere mate in de Duitse rechtspraak. Een te sterk afstemmen op de concrete omstandigheden van elk geval heeft in Nederland aanleiding gegeven tot rechtsonzekerheid, die vooral door de adverteerders wordt gevoeld. In Duitsland ligt de onzekerheid in het feit dat er weliswaar een principieel verbod bestaat van vergelijkende reclame, doch dat de mogelijke uitzonderingen daarop allesbehalve klaar zijn. In Zwitserland en België heeft men grotere zekerheid, hoewel de uitgangspunten diametraal tegenover elkaar staan, de verdere vereisten aan de vergelijkende reclame gesteld, elkaar echter zeer nabij komen. Beide landen hebben immers een klaar omschreven geheel van verbodsbepalingen gemeen, terwijl ook de oplossingen der meeste gerezen geschillen voor het Bundesgericht, in België niet anders zouden hebben geluid, zo men het Henniez-geval niet meerekent.

(472) Vgl. PFEFFER, o.c., blz. 11-12.

289. Het lijkt dus zinvol van de adverteerder een zekere noodzaak om de prestaties van andere ondernemers te bespreken, te vereisen (473), vooral omdat de praktijk tot heden geen enkel geval laat aantonen waar zowel de adverteerder als de verbruiker daadwerkelijk voordeel hadden bij de vergelijkende reclame, dat hoger te stellen viel dan het nadeel voor de betroffene, in een hypothese waar er geen noodzaak aantoonbaar was, die de vergelijking kon rechtvaardigen.

Daaruit blijkt evenzeer als uit de tegenoverstelling van het recht der verschillende landen dat beide opvattingen over de toelaatbaarheid van de vergelijkende reclame, grotere verschillen vertonen in hun theoretische benadering dan in de praktische doorwerking van deze dogmatiek op de beoordeling van concrete situaties (474).

290. Een praktisch gevolg is alleen het verschil inzake de bewijslast, die de adverteerder ten onrechte veel te zwaar zou treffen, terwijl hij toch de vrijheid van economische bedrijvigheid, en ook de vrijheid van meningsuiting en van de pers principieel ten zijnen gunste kan inroepen. In België kan dit hoogstens de lege ferenda een probleem zijn, aangezien art. 20 WHP zeer duidelijke verbodsbepalingen omschrijft, waaronder een principieel verbod van verwijzing naar één der concurrenten. Maar er echter geen specifiek verbod gegeven is kan men argumenteren dat principieel elkeen vrij is te handelen zoals dit hem belijft en dat slechts op grond van een duidelijk wettelijk voorschrift een handeling kan verboden worden, zodat de bewijslast op de be-

(473) Vgl. SCHRICKER, a.c., AcP, 172 (1972), 203 (232).

(474) ULMER, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, GRUR AIT, 1962, 273 (282); SCHONHERR, o.c., blz. 50-51; MOSER VON FILSECK, Zur Frage der Vergleichenden Werbung. Soll das Recht zur vergleichenden Werbung durch Gesetz geregelt werden? GRUR, 1963, 182; SLAGTER, Proadvies, blz. 149 e.v.; GUDDE, o.c., blz. 80.

troffene moet rusten. Indien men echter de aard van de bewijslast en het feitelijk verloop van het geding voor ogen houdt, dan blijkt dat in feite steeds de betroffenen, als eiser in het geding de bewijslast zal dragen en dus ook het procesrisico, en dat doorheen het verloop der debatten de feitelijke toedracht en het toepasselijke recht klaarder worden, tot op een bepaald ogenblik voldoende vast komt te staan, wie van beide partijen ontegensprekelijk moet worden beschouwd als diegene die het geding behoort te verliezen. Dat een fundamenteel verbod van vergelijken-de reclame hierbij de betroffene bevoordeelt is nnaanvechtbaar (475), doch het lijkt terecht aldus te zijn. In een tijdperk waarin op meer en meer terreinen de aansprakelijkheid evolueert naar een risico-aansprakelijkheid, dient het handelend optreden, dat uit zijn aard schadelijk is voor diegenen die zich op hetzelfde terrein in het maatschappelijk verkeer bewegen, in hoofde van de handelende te kunnen gerechtvaardigd worden, en dus dient hij bij geschil te bewijzen dat hij niet nodeloos tot deze manier van optreden zijn toevlucht nam, behoudens zo de wet (in de ruimste zin) hem van deze rechtvaardiging ontslaat.

291. Tot slot weze er de nadruk gelegd op het eigen karakter van de concurrentiewetgeving. Deze is primordiaal gebaseerd op de idee van een beroepsethos, van een sanctionneren van hetgeen volgens de overtuiging der betrokken middens al dan niet passend is in het economisch verkeer. Aanvankelijk daartoe beperkt, is men echter zeer vlug gaan inzien dat het algemeen belang, - dat men aanvankelijk, als emanatie van te sterk liberaal denken, uitsluitend door de onderlinge censuur der economisch actieven uit de betrokken middens optimaal gegarandeerd achtte - toch eigen eisen

(475) Zo ook: RINCK, a.c., BB, 1962, 105 (106); VULP, a.c., GRUR, 1962, 178 (184); VON LESIGANG, Das Verbot der vergleichende Werbung. Rechtstheoretische und wirtschaftliche Erwägungen, WRP, 1962, 283 (293).

stelde en onvoldoende aan bod kwam, zo totaal gesteund werd op niet gecodificeerde, als rechtmatig aangevoelde, en aldus door de rechter erkende, handelspraktijken in de betrokken sector. Reglementering - eventueel door strafaancties gegarandeerd - volgde op die terreinen waar de usances tekort schoten of waar ze wegens gebrekkige afdwinging niet werden nageleefd. Recentelijk is in België deze nog als onvoldoende aangevoelde codificatie van wat als verboden praktijken dient te gelden, aanzienlijk uitgebreid door een veel ruimere omschrijving van praktijken en door het opgeven van het vereiste verband van concurrentie tussen de betrokken partijen. Daarbij is ook in ruimere mate rekening gehouden met de eigen eisen voortvloeiend uit het algemeen belang en in het bijzonder met de noden van het kopende publiek. Evenals in Duitsland en in Zwitserland werd aan de verbruikersverenigingen de actieve hoedanigheid om tegen welomschreven oneerlijke handelspraktijken op te treden, gegarandeerd. Dit neemt nochtans niet weg dat de reglementering van de handelspraktijken essentieel uitgaat van het beroepsethos, van de als eerlijk aangevoelde en als dusdanig erkende praktijken der branchegenoten. Wanneer daarbij ook aan de belangen van het publiek is gedacht, dan is dit allereerst omdat het publiek als klienteel door elke handelaar op grond van een door de wet gegarandeerde gelijkheid moet kunnen worden ingepalmd. De overtuiging dat het publiek, omwille van zijn zwakke positie in de concurrentiestrijd moet beschermd worden, treedt daarbij op de achtergrond, en is slechts rechtstreeks beschouwd, in zoverre de verbruikersverenigingen actief in een proces tegen bepaalde handelspraktijken kunnen optreden. Nochtans dienen zij hun eis te steunen op bepalingen die primordiaal in het belang der mededingers aan de concurrentiestrijd zijn gedacht en omschreven. Daarom is zowel het algemeen belang als het consumentenbelang bij het ontstaan der gecodificeerde reglementering als bij de afdwinging ervan, als een correctief

te beschouwen (476). Een correctief dat nooit de voorrang kan krijgen op de regels door het beroepsethos gedicteerd, tenzij dit uitdrukkelijk blijkt uit de aard en de omschrijving der te beschouwen materie, hetzij zo een belangenafweging zou aantonen dat het onbillijk zou zijn het algemeen belang achter te stellen bij de belangen van de in het geding betrokken partijen. Het grote - en niet te onderschatten - belang van deze laatste belangenafweging is, dat zij steeds zal moeten plaats vinden, tenzij blijkt uit de toe te passen wettekst dat zij onmogelijk of overbodig is (477). Wanneer zij doorgevoerd wordt moet men ervan uitgaan dat de belangen der betrokken handelsmilieus principiële het zwaarst wegen, daar de wetgeving in overwegende mate op hun belangen stoelt en hen ook allereerst betreft. Ervan afwijken kan men slechts zo de toe te passen reglementering van deze algemene regel afwijkt of bij duidelijke onbillijkheid der bekomen resultaten.

292. Toegegeven moet dat voor Nederland, waar dit principiële uitgangspunt in even sterke mate op alle betrokken belangen stoelt, de voorrang van het belang van de betrokken handelsbranche op het algemeen belang ernstig kan betwijfeld worden. Zal de belangenafweging, waarover hoger sprake, hier steeds

(476) NASTELSKI, Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR, 1969, 322 (326).

(477) Aldus blijkt uit de bepalingen betreffende de verkoop met verlies (art. 22 e.v. WHB) dat het belang van het kopende publiek bij een zo voordelig mogelijke aankoop niet kan opwegen tegen het belang dat de concurrenten en de economische orde als dusdanig hebben bij een niet-ontwrichten van de markt. Zie algemeen: Parl. Besch., Senaat, 1968-69, nr. 415, blz. 35: "Anderzijds wordt algemeen aangevaard, dat het belang van de verbruiker niet als enig criterium voor het geoorloofd karakter van een handelspraktijk mag gelden. De economische wetgeving biedt talrijke voorbeelden van praktijken die om redenen van eerlijkheid tegenover mededingende handelaars werden beperkt of verboden, alhoewel de verbruikers er klaarblijkelijk rechtstreeks voordeel bij hadden:..."

moeten plaats vinden, toch lijkt dat ook in Nederland principieel aan de belangen der direct betrokkenen de voorrang moet worden verleend. De zorgvuldigheidsnorm die dient in acht genomen te worden, dient wel van geval tot geval nauwkeurig te worden geformuleerd, maar het is precies omdat de concrete omstandigheden van elk geval noodzakelijk zullen bepaald worden vanuit de toestand waarin men zich bevindt in de te beschouwen handelsbranche, dat bij het formuleren van de in het geval toepasselijke zorgvuldigheidsnorm allereerst de belangen der betrokken ondernemers dienen te worden beschouwd. Dezen handelen principieel uit eigenbelang, zodat men van daaruit dient te vertrekken met als voorbehoud dat diegene die handelt met verwaarlozing van het algemeen belang geen aanspraak zal kunnen maken op de toewijzing van zijn eis. Bij de belangenafweging zal dus de voorrang verleend worden aan het standpunt van diegene, wiens eigenbelang best overeenstemt met de eisen van het algemeen belang. Bij evenwaardigheid der betrokken belangen zal trouwens het algemeen belang doorslaggevend zijn, terwijl, zo dit geen oplossing voor het geschil vermog te bieden, het de zienswijze van de handelend opgetreden persoon is, die zal moeten zegevieren; dit blijkt niet alleen uit de vrijheid van handel en nijverheid, waarvolgens alles wat niet verboden is, aan de handelaar toegelaten is, bovendien moet, in dit geval, de eiser noodzakelijk falen in zijn bewijsvoering nopens zijn goed recht.

295. Toegepast op de vergelijkende reclame, blijkt dat de overtuigingen der betrokken milieus, zelfs over haar principiële rechtmatigheid moeilijk tot consensus zullen komen en dat wat betreft de vereisten die aan haar dienen te worden gesteld, steeds meningsverschil zal blijven bestaan. Wat echter duidelijk is, is dat een zekere noodzaak om zich over de prestaties van de concurrent uit te spreken, van de adverteerder die vergelijken-

de reclame maakt, zal dienen te worden geëist. Deze eis van noodzaak kan op meerdere grondslagen worden gesteund. Verkeerd is het een verbod van vergelijkende reclame te doen steunen op een recht op anonymiteit van de aangegrepen concurrent, zoals de Belgische rechtspraak en de WHP dit doen. Steun kan slechts gevonden worden in het recht op vrijheid van economische bedrijvigheid, waarvolgens men weliswaar vrij is met geoorloofde middelen de klientele van de concurrenten weg te lokken, doch waarvolgens het niet toegelaten kan zijn de beweerde en meestal niet bewezen of eenzijdig gewaardeerde mindere concurrentiecapaciteit van de concurrenten als aantrekkingsmiddel (Vorspann) voor de eigen waren en prestaties uit te buiten. Opdat dit toegelaten zou zijn moet men een reden kunnen aantonen die daartoe noodzaakt.

Verder hebben wij er hoger duidelijk op gewezen dat reclame met enige achterdocht dient te worden beschouwd en dat een adverteerder normaal geen aangewezen behartiger is van het algemeen belang. De rechtspraak dient daarmee rekening te houden: zij moet de onvolkomenheden der mensen voor ogen houden, wil zij niet van de werkelijkheid vervreemden.

Er is ook de zekere preventieve werking die van een principieel verbod uitgaat en waarvolgens de adverteerder gedwongen wordt, met enige omzichtigheid - die heilzaam is - de naam van de concurrent in de mond te nemen bij zijn reclame (478).

294. Bij de beoordeling der noodzaak is krachtens de hoger aangehaalde principes primordiaal op de belangen der strijdende partijen af te stemmen en kan slechts secundair het algemeen belang worden ingeroepen. Uitgaan van de voorlichtingswaarde voor het kopende publiek van vergelijkende reclame lijkt, los van de concrete situatie, niet gerechtvaardigd, omdat dit het

(478) Vgl. MOSER VON FILSECK, a.o., GRUR, 1963, 182 (186-187).

uitgangspunt der wetgeving omkeert, terwijl deze voorlichtingswaarde haast steeds als onvoldoende bewezen voorkomt en een handelaar niet geacht moet worden in zijn reclame behartiger van het algemeen belang te zijn.

In Zwitserland is de toestand anders, in zoverre de rechtspraak er sinds 1895 steeds heeft gesteld dat vergelijkende reclame volgens de grondslag van Treu und Glauben rechtmatig is, zodat de eis van noodzaak er beperkt is tot een eis van een zo groot mogelijke schoning der aangegrepenen. In België is, omwille van de verbodsbepaling van art. 20, 2 WHP, de eis van noodzaak het sterkst gesteld en mag het twijfelachtig heten of de rechter in een geval waar het algemeen belang duidelijk de grootste belanghebbende is bij een in concrete gevoerde vergelijkende reclame, deze zal rechtmatig achten zo geen der bestaande rechtvaardigingsgronden erin herkend kan worden. Groot belang kan echter aan deze verschillen niet toegemeten worden, omwille van het feit dat de gestelde hypothese slechts bij hoge uitzondering zal zijn gerealiseerd.

DEEL III: DE RECLAME MET DE RESULTATEN VAN VERGELIJKEND
WARENONDERZOEK.

§ 1. Inleiding.

295. Er rijst tenslotte de vraag of reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek moet toegelaten geacht worden. Immers, door opname in de reclame zou een nieuwe, eventueel veel sterkere ruchtbaarheid kunnen gegeven worden aan vergelijkende warenonderzoeken, zodat veel meer consumenten dan de beperkte groep van abonnees op de publicaties van de testorganisatie er kennis zouden kunnen van nemen. Bovendien mag men principieel stellen dat slechts warenonderzoeken zullen worden gebruikt die van een neutrale en deskundige warentestorganisatie zouden stammen (1), zodat reclame zou worden gemaakt met een sterk informatief karakter. De vraag of zulke reclame principieel dient te zijn toegelaten, kan echter niet op grond van de belangen van het aangesproken publiek alleen worden beantwoord. Minstens evenzeer een rol spelen het belang van de testorganisatie, wiens onderzoek werd gebruikt en het belang der andere handelaars - al dan niet concurrenten van de adverteerder.

Voorts kan men ook op zeer verschillende wijzen reclame maken met de resultaten van een vergelijkend warenonderzoek, zodat de voorlichting gegeven aan de aangesproken consumenten kan verschillen,

(1) Indien de onderzoeksresultaten niet van een neutrale onderzoekinstantie stammen, zullen zij, wanneer zij in de reclame worden gebruikt, steeds als vergelijkende reclame volgens de gewone regels worden beoordeeld. Bevatten zij geen verwijzing naar andere ondernemers, dan worden zij beoordeeld volgens de criteria gesteld aan de niet-vergelijkende reclame. Voorwaarde is dat het gebrek aan neutraliteit duidelijk blijkt en nadelig is voor de eiser. Daarover: EICHMANN, o.c., blz. 35 e.v.

maar ook evenzeer de intensiteit van de krenking der belangen van de testorganisatie en van de mededingers. De adverteerder kan louter aansporen een bepaalde test te lezen, er uit citeren, de test resumeren of hem integraal ter beschikking stellen door verspreiding van originele exemplaren van het testtijdschrift of van overdrukken ervan.

Voor elke vorm van benutting in de reclame van de resultaten van vergelijkend warenonderzoek dient onderzocht te worden of deze al dan niet rechtmatig is tegenover de testorganisatie en tegenover de mededingers. Bovendien moet worden nagegaan of en in welke mate de (on)rechtmatigheid der handelwijze tegenover de testorganisatie bepalend is voor de rechtmatigheidsvraag van de handelwijze tegenover de concurrenten. Omdat deze drie vragen bij elke reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek nauw vervlochten zijn, zou een gelijktijdige behandeling ervan aangewezen zijn. Zulke benaderingswijze dreigt echter al spoedig tot onoverzichtelijkheid aanleiding te geven. Daarom worden eerst de verschillende mogelijke vormen van reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek bondig beschreven, wordt daarna de aandacht geschonken aan de belangen van het publiek, de testorganisatie en van de mededingers en zal tenslotte de invloed worden nagegaan van de rechtmatigheid of de onrechtmatigheid der handelwijze tegenover de testorganisatie op de vraag naar de rechtmatigheid der handelwijze tegenover de concurrenten.

§ 2. De verschillende vormen van reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek.

296. De enkele verwijzing naar een test.

Een zwakke vorm van gebruik der resultaten van een test bestaat in de reclame met de verwijzing naar een test, eventueel gepaard

gaande met de aansporing deze te lezen (2).

Verondersteld wordt daarbij dat de economische prestaties van de advertaerder daadwerkelijk in de test wordt besproken; wekt hij ten onrechte die indruk dan staat de onrechtmatigheid van zulke reclame tegenover de testorganisatie als tegenover de mededingers buiten alle twijfel (3).

Deze reclame veronderstelt dat impliciet of expliciet duidelijk de naam van het testtijdschrift wordt genoemd (4). Eventueel kan ook het nummer waarin de test verscheen, de pagina en het onderwerp van de test worden aangegeven.

Bijna alle testorganisaties staan afwijzend tegenover deze vorm van uitbuiting van hun goede naam en goodwill (5). Het merendeel der auteurs acht nochtans deze verwijzing naar de testorganisatie en haar onderzoeken zowel tegenover de testorganisatie als tegenover de mededingers rechtmatig. Zij beweren dat de testorganisatie geniet van het propaganda-effect van zulke mededelingen (6) en dat zulke verwijzingen de doelstellingen van het vergelijkend warenonderzoek bevorderen, omdat meer en meer mensen aangezet

(2) Voorbeelden van zulke reclame vindt men bij WILL, o.c., blz. 137-138.

(3) Vgl. Consumers Union v. Lectra Sales Corporation, D.C.S.D. New-York, 19 sept. 1959, 179, F. Supp., 161 (1959) en Consumers Union v. Admiral Corporation, D.C.S.D. New-York, 23 aug. 1960, 186, F. Supp., 800 (1960).

(4) Aldus reageerde VIVCO onmiddellijk toen zelfs niet uitdrukkelijk naar deze organisatie werd verwezen, doch in de reclame werd gezegd: "een gebruikerstest uitgevoerd door een onafhankelijk onderzoeksbureau bewijst de kwaliteit van de nieuwe Philishave Super 90": VIVCO, 1974, nr. 96, 13.

(5) De Satzung der Stiftung Warentest bevat nochtans dit voorbehoud niet: Vgl. ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 343. Zie echter: International Consumer, 1964, nr. 27, 10-12: protest van de consumers' Association tegen de reclame van de firma BRAUN, die naar haar tests verwees, zonder toelating.

(6) MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (68); HARTING, o.c., blz. 95; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 342; RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030); GROEN, a.c., Ars Aequi, XVIII (1969), 13 (15).

worden de test en het testtijdschrift te lezen en aan te kopen (7). Of dit met de werkelijkheid strookt kan worden betwijfeld: het is zeker niet de bedoeling van de adverteerder reclame te maken voor het testtijdschrift (8). Bovendien heeft het publiek niet veel aan zulke verwijzingen, indien het de test niet gemakkelijk kan vinden om hem na te lezen. Bij personen die met de testorganisatie niet vertrouwd zijn, wekt zulke verwijzing verkeerde voorstellingen, terwijl regelmatige lezers van het testtijdschrift gaan twijfelen aan de neutraliteit ervan. Indien de testorganisatie hecht aan een brandschoon blazoen van neutraliteit, dient zij zulke verwijzingen te verbieden en te bestrijden.

Tegenover de concurrenten aanvaardt men de rechtmatigheid omdat dezen door de vermelding niet betroffen worden (9) en omdat de loutere verwijzing in de reclame naar deskundige adviezen, marktonderzoeken, enz. principieel rechtmatig is. Hoewel het inderdaad moeilijk aanvaard kan worden dat uit de loutere verwijzing naar het testbericht alleen voor het aangesproken publiek duidelijk zal zijn welke ondernemers werden bedoeld, zodat hun betroffenheid en herkenbaarheid op grond der gevoerde reclame alleen moeilijk kan aanvaard worden, toch is zulke verwijzing in de reclame niet steeds toegelaten. Allereerst is vereist dat de test waarheen wordt verwezen onaanvechtbaar is, zoniet kan de verwijzing ernaar misleidend worden geacht (10). Bovendien zal erg veel afhangen

(7) GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (290); WILL, o.c., blz. 140; GRASSMANN, o.c., blz. 132.

(8) WILL, o.c., blz. 139-140.

(9) GÜDDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1075) en o.c., blz. 21-22; BORCK, a.c., WRP, 1965, 199 (200) en a.c., WRP, 1963, 149 (151); SCHULTZ, Werbung mit vergleichenden Warentests, JuS, 1965, 86; EICHMANN, o.c., blz. 161 en 221; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerbs, III, Deutschland, blz. 342; DROSTE, a.c., GRUR, 1965, 219 (221). Contra: LG Bochum, 25 febr. 1963, GRUR, 1963, 437 en BB, 1963, 363.

(10) BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (153); BUSSMANN, o.c., blz. 88; GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (291).

van de concrete formulering van de reclame en mogen daardoor geen valse suggesties worden gemaakt. Doel der reclame is immers te appelleren op de zwakke reclamewerking, welke zulke tests, door hun bestaan alleen, voor sommige consumenten hebben. Meteen wordt gesuggereerd, steunend op de autoriteit van de testorganisatie of van haar tijdschrift, dat het geadverteerde produkt gunstig werd beoordeeld. Dit moet dan ook daadwerkelijk zo zijn. Ook kan worden opgemerkt dat zulke reclame geen werkelijk roemen is op een eigen prestatie, doch enkel op de erkenning van de verdiensten van het eigen produkt, zodat zulke retorische en weinig praktische resultaten belovende reclame niet door de prestatienorm kan worden goedgeheten (11).

Indien deze reclame gevoerd wordt door een kleinhandelaar, gelden bovenstaande beschouwingen evenzeer, ook al zal het publiek in zijn geval niet zo gauw geneigd zijn te veronderstellen dat deze kleinhandelaar druk kon uitoefenen op de resultaten van het onderzoek. Mogelijk echter kan zijn gedrag de indruk wekken dat de verschillende producenten of importeurs, waarvan de kleinhandelaar de waren voert, dit deden.

Indien deze verwijzing in de reclame gepaard gaat met een aanbod tot toezending van het testtijdschrift na aanvraag, dan ziet de situatie er enigszins anders uit. Dat de testorganisatie zulke praktijk ongewenst acht werd reeds beschreven. Tegenover de mededingers kan de adverteerder zich beroepen op het feit dat de vergelijkende gegevens die aan de mogelijke klanten werden bezorgd, op hun aanvraag gebeurde, alhoewel hij deze vraag heeft uitgelokt (12). De reclame zelf kan ook worden beoordeeld op basis

(11) Contra: SCHULTZ, a.o., JuS, 1963, 86 (89).

(12) Daarover supra deel II. Onrechtmatig geacht door LG Bochum, 25 febr. 1963, GRUR, 1963, 437. Anders: EICHMANN, o.o., blz. 223-224.

der principes die de aansporing tot vergelijken in de reclame gedaan, beheersen. Dan zal zij in de regel rechtmatig zijn (13). Tot slot kan er op gewezen worden dat elk der hierna volgende vormen van reclame met gegevens geput uit warentests normaal ook een verwijzing naar de testorganisatie of een test zullen inhouden, zodat de zopas uiteengezette principes ook daar kunnen gelden, naast andere.

297. Het gebruiken van uittreksels uit warentests in de reclame.

Het gebruiken van uittreksels uit warentests in de reclame kan zeer verschillende vormen aannemen en losse beoordelingen of de eindbeoordeling van het eigen produkt van de adverteerder alleen omvatten, de volledige tekst gewijd aan het eigen produkt of gegevens die meerdere producenten betreffen.

De testorganisaties staan tegenover deze vorm van benutting van hun testresultaten duidelijk afwijzend. Over hun verhaal tegen de adverteerder zal verder worden gehandeld.

Wat de positie van de adverteerder tegenover de mededingers betreft, is de wijze van uitkiezing en van weergave van de uittreksels maatgevend (14). Duidelijk is dat de adverteerder vergelijkende reclame maakt, zo hij de merknamen van de produkten der concurrenten uitdrukkelijk of impliciet vermeldt (15). Hierover is uitgeweid in het tweede deel. Indien hij zich beperkt tot mededelingen over de eigen waar alleen, geput uit het testbericht, dan

(13) Zie recent: BGH, 25 mei 1973, GRUR, 1974, 280, Divi. BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (151). Contra: GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (292-293) met de overweging dat het hier geen uitnodiging tot beoordeling betreft, maar een verwijzen naar een pasklaar oordeel.

(14) GODDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1075) en o.c., blz. 21; RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1031); ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 485, blz. 343.

(15) HEISEKE, Werbung mit vergleichenden Warentests, WuW, 1967, 19 (24); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 81 bij § 1 UWG; HARTING, o.c., blz. 96 en 53; GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (292).

is er normaal geen mededinging voldoende herkenbaar betroffen (16). Is de beoordeling van het eigen produkt volledig overgenomen dan wordt het publiek normaal niet misleid (17), tenzij uit de concrete omstandigheden het tegendeel zou blijken (18). Normaal echter zal de adverteerder niet alle gegevens betreffende het eigen produkt overnemen. Dan komt het aan op de indruk welke deze reclame wekt bij het publiek en op de overeenstemming van de aldus gewekte voorstellingen met het werkelijk beeld dat het testbericht van het geadverteerde produkt biedt. Vermeden dient elke vertekening, elke misleidende voorstelling, onverschillig of deze volgt uit het weglaten van negatieve uitspraken betreffende het eigen produkt (19), uit het wekken van een verkeerd totaalbeeld (20), uit de subjectieve kleur van de gemaakte keuze (21). Wordt alleen de eindbeoordeling weergegeven dan is er normaal evenmin een herkenbare verwijzing naar de andere concurrenten (22), doch dient men volgens de regels der superlatiefreclame in het bijzonder op het

(16) HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (24); BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (150); GUDDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1076); BUSSMANN, o.c., blz. 88; EICHMANN, o.c., blz. 21.

(17) HARTIG, o.c., blz. 53 en 96; wel bij gedeeltelijke weergave: Irreführende Alleinstellungswerbung durch Wiedergabe eines unvollständigen Testergebnisses DW, 1970, 3.

(18) Dit is volgens MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (66) steeds het geval.

(19) HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (20); GUDDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1075); HARTIG, o.c., blz. 54; L'usage commercial des rapports d'essai, International Consumer, 1968, nr. 2, 23 (25-26); IG Schweinfurt, 12 dec. 1962, ArchFR, VIII (1963), 86; WILL, o.c., blz. 128-129 met verdere verwijzingen.

(20) GUDDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1075); GIEFFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (291-292); HARTIG, o.c., blz. 96-97.

(21) HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (24-25); BAUMBACH-HEFFERNEHL, o.c., nr. 81 bij § 1 UWG.

(22) RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030); GIEFFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (292).

verbod van misleiding van het publiek acht te geven. Sommigen achten daarom elke verwijzing naar het eigen predikaat alleen, zonder dit te relativieren door bijkomende beoordeelingsmomenten, onrechtmatig (23), anderen achten dit steeds onrechtmatig (24). WILL (25) die deze vraag nauwkeurig onderzoekt, meent dat slechts door van de adverteerder afkomstige toevoegingen of suggesties zulk mededelen van het eigen predikaat misleidend kan zijn. Juist lijkt het standpunt dat deze vorm van reclame volgens de principes der superlatiefreclame zal dienen te worden beoordeeld en in samenhang met de werkelijke indruk die bekomen wordt wanneer men het volledige testbericht makeest. Bij dit onderzoek naar de rechtmatigheid zal men streng moeten zijn en vlug de adverteerder veroordelen, omdat de voorlichtingswaarde van zulke reclame gering is, door de er onder schuil gaande poging een magister-dixitredenering te wekken bij het aangesproken publiek.

298. De reclame met samenvattingen van testberichten.

Ook de reclame met samenvattingen van of commentaar op testberichten kan hier niet onbesproken blijven.

Er is allereerst de vraag der rechtmatigheid tegenover de testorganisatie, wiens teksten - met of tegen haar zin - worden bewerkt of aangehaald en besproken. Drie belangen strijden hier met elkaar: dat van de verbruikersorganisatie op schoonhouden van haar blazoen, dat van de adverteerder op een zo efficiënt mogelijke reclame en dat van het publiek op gedegen informatie. Men is ge-

(23) GIEFFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (293); EICHMANN, o.c., blz. 223; GRASSMANN, o.c., blz. 145-146; HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (24); MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (66).

(24) BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (152); TETZNER, a.c., NJW, 1965, 725 (729); HARTI 3, o.c., blz. 53; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 343; GÜDDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1075);

(25) WILL, o.c., blz. 130-134.

neigd hier aan het belang van de testorganisatie de voorrang te verlenen, omdat het voor de adverteerder geenszins noodzakelijk is op deze bepaalde manier reclame te maken en het publiek geen doorslaggevend belang op voorlichting op deze wijze kan laten gelden (26).

Of zulke samenvatting of commentaar tegenover de concurrenten rechtmatig is dient op grond der concrete ^{vormgeving} / volgens de regels van het concurrentierecht te worden beoordeeld (27). Hier zal de rechtmatigheid afhangen van het al dan niet herkenbaar betroffen zijn der concurrenten, van de juistheid van de weergave tegenover het origineel van het testbericht, van het feit of de aangeduide beweringen juist gebleven zijn in het tijdsverloop tussen de publicatie en de doorvoering van de test en de publicatie van de advertentie, van de zakelijkheid van de weergave (28).

299. Het gebruik van de volledige tekst van een warentest in de reclame.

De volledige tekst van een testbericht kan op verschillende manieren in de reclame worden gebruikt: men kan de bewuste bladzijden uit het testtijdschrift tentoonstellen, verveelvoudigen of het betrokken nummer verspreiden.

(26) Vgl. MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (69); GROEN, a.c., XVIII (1969); 13 (17); WILL, o.c., blz. 48-50.

(27) MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (67); LG Hamburg, 25 aug. 1967, MA, 1967, 571.

(28) Vgl. TETZNER, a.c., NJW, 1965, 725 (729); MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (67). Zie bv. Obergericht Zürich, 25 mei 1966, GRUR ALT, 1970, 89(90) Neues von N: verboden wordt de overname van de besluiten van een studie zonder enige kritische zin en als waren het erkende, wetenschappelijke gegevens, terwijl het probleem reeds vroeger omstreden was en de gebruikte methode volgens een deskundige aftands (vorsintflutlich) en ongeschikt was.

Deze wijze van benutting voor commerciële doeleinden van een van haar testberichten is voor de verbruikersvereniging onaanvaardbaar, ook al is er voor haar de geruststelling dat haar onderzoek thans niet verkeerd of misleidend wordt weergegeven. Nochtans kan ook hier niet voorkomen worden dat de verbruiker op een zeer speciale wijze tegenover de warentest wordt geplaatst, wanneer het duidelijk blijkt dat deze op dat ogenblik als reclame dienst doet (29). Slechts zo het originele testbericht anoniem wordt verdeeld of zo de test, zonder dat een voorkeur voor één bepaald produkt wordt opgedrongen, als verkoopshulp voor de verbruiker wordt gebruikt (30), is hiervoor niet te vrezen. Slechts in dit geval kan men volgens GIEFERS (30), instemmen met de opvatting van RINCK (31), dat het niet verboden kan zijn, de omzet van een publicatie op eigen kosten te doen toenemen. Dan evenwel kan nog een inbreuk op het auteursrecht voorhanden zijn. Manifest is dat het niet toegelaten overdrukken van een test tegenover de verbruikersvereniging onrechtmatig is.

Wat de concurrenten betreft, dezen zijn hier duidelijk herkenbaar betroffen (32) voor vergelijkende reclame, zo duidelijk is dat de warentest als reclamemiddel wordt gebruikt (33). Slechts zo een

(29) GIEFERS, a.o., WRP, 1964, 289 (292). Vgl. BORCK, a.o., WRP, 1963, 149 (151); LG Düsseldorf, 4 aug. 1964, WRP, 1965, 294.

(30) Vgl. GIEFERS, a.o., WRP, 1964, 289 (292); GÜLDE, a.o., DB, 1967, 1974 (1076). Contra: WEBER, a.o., NJW, 1968, 1364 (1365).

(31) RINCK, a.o., BB, 1963, 1027 (1031).

(32) GÜLDE, o.o., blz. 24; BORCK, a.o., WRP, 1963, 149 (151); WILL, o.o., blz. 99; RINCK, a.o., BB, 1963, 1027 (1030); EICHMANN, o.o., blz. 222-223; BUSSMANN, o.o., blz. 88. Onduidelijk: BORCK, a.o., WRP, 1965, 199 (203-204).

(33) Contra: BORCK, a.o., WRP, 1965, 199 (203). Zoals hier: LG Düsseldorf, 4 aug. 1964, WRP, 1965, 294; OLG Düsseldorf, 10 sept. 1963, gecit. bij PÜLLIG, o.o., blz. 154.

rechtvaardiging voor het gevolgde gedrag kan ingeroepen worden, kan dit rechtmatig zijn (34): immers men moet niet alleen een noodzaak kunnen aantonen waarom men tot vergelijkende reclame overging, doch ook de noodzaak zich daarbij van het gekozen middel, met misachting van de belangen van de verbruikersvereniging, te bedienen.

§ 3. Rechtmatigheid van de reclame met vergelijkende warenonderzoeken of delen daarvan tegenover de concurrenten.

300. Principieel dient te worden gesteld dat door de verwijzing naar een vergelijkend warenonderzoek de adverteerder dit beaamt en het tot zijn mening maakt, behoudens zo het tegenovergestelde uit de reclametekst blijken zou. Ongeacht de omvang van de inhoudelijke gegevens die hij naast deze verwijzing verschaft, wordt hij hierdoor aansprakelijk voor de neutraliteit, de juistheid en de zakelijkheid van het oorspronkelijke warenonderzoek (35). Elk

(34) HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (24); GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (291); BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (151); MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (65-66); Contra: WEBER, a.c., NJW, 1968, 1364 (1365); RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030); WILL, o.c., blz. 100 e.v.; EICHMANN, o.c., blz. 222; SLAGTER, o.c., blz. 150; GROEN, a.c., Ars Aequi, XVIII, (1969), 16 (19).

(35) ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 342; BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 18 en 81 bij§1 UWG; GÜDDE, o.c., blz. 20; GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (291); RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030); BUSSMANN, o.c., HARTING, o.c., blz. 47; LG Bochum, 25 febr. 1963, GRUR, 1963, 437; EICHMANN, o.c., blz. 222; HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (20). Contra: WILL, o.c., blz. 105 e.v. met de motivering dat deze grondslag op een vaste regel uit de reclame met adviezen (Gutachtenwerbung) terug gaat en dat reclame met vergelijkend warenonderzoek en reclame met adviezen fundamenteel verschillen zowel wat hun ontstaan, hun publicatie als hun wijze van Bezugnahme betreft. WILL vergeet echter dat

.../...

gebrek dat aan de test kleeft is hem toerekenbaar, zij het ook dat de test in overdreven scherpe bewoordingen gesteld is (36), of wegens de intussen ingetreden wijzigingen in de onderzochte produkten niet meer volledig onaanvechtbaar is (37).

Zeker is verder ook dat een onjuiste of vertekende weergave van een vergelijkend warenonderzoek in de reclame tegenover de mededingers onrechtmatig is. De rechtsleer is daaromtrent unaniem (38).

Afgezien hiervan echter is omstreden of niet de reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek dient toegelaten te zijn, omwille van het belang van het publiek bij de erin vervatte voorlichting. Omwille van het belang dat de testorganisatie heeft bij het verhinderen van een commercieel gebruik van de resultaten van haar activiteit, hebben sommigen geëist dat zij toelating

.../... deze regel veel dieper gegrondvest is dan alleen maar in de vaste rechtspraak en rechtsleer over de reclame met adviezen. De aansprakelijkheid voor overgenomen teksten is algemene regel in het ganse persrecht en reclamerecht. Vgl. Cass., 9 dec. 1869, B.J., 1870, 49, concl. O.M.FAIDER en noot X; Verviers, 20 jan. 1897, F.P., 1900, 84; Rb. Brussel, 10 en 11 juli 1939, B.J., 1939, 528; concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH; SCHUBERMANS, o.c., II, blz. 44; DUPLAT, o.c., blz. 356 e.v.; BGH, 6 okt. 1965, GRUR, 1966, 92, noot KRIEGER, Bleistiftabsätze; BGH, 23 okt. 1970, BB, 1971, 51 (résumé); Rb. Amsterdam, 21 okt. 1929, N.J., 1930, 857.

(36) EICHMANN, o.c., blz. 223; HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 20 (25).

(37) BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (152); GRASSMANN, o.c., blz. 150; EICHMANN, o.c., blz. 223. Vgl. RG, 19 juni 1907, RGZ, 66, 227 e.v.

(38) Aldus uitdrukkelijk: GROEN, a.c., Ars Aequi, XVIII (1969), 13 (18); MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (67); HARTIG, o.c., blz. 54 en 90; HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (25). Vgl. Voorz. Kooph. Brussel, 16 okt. 1962, J.T., 1963, 85; OIG Düsseldorf, 10 sept. 1963, gecit. bij PULLIG, o.c., blz. 154; Nederlandse Code voor het reclamewezen, 30 jan. 1974, N.J., 1975, 20, noot P.Z.: mededelingen in reclame over onderzoek dat droeg op een ander type dan het geadverteerde, hoewel van hetzelfde merk. Adde: Cour Paris, 17 dec. 1966, An. Prop.ind.art.lit., 1969, 78(80).

zou hebben verleend (39). Deze vraag blijft hier voorlopig buiten beschouwing. De argumenten pro en contra vergelijkende reclame in het belang van het publiek, worden hier evenmin herhaald. Daarvoor wordt verwezen naar het tweede deel. Bijzondere aandacht wordt hier slechts besteed aan die argumenten die worden ingebracht om de vergelijkende reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek goed te heten of af te wijzen. Verondersteld wordt dat het gebruikte warenonderzoek onaanvechtbaar is en gebleven is, zoals hoger gezegd. Vraag is dan of het feit dat het vergelijkend warenonderzoek principieel toegelaten is, de toelaatbaarheid van de vergelijkende reclame ermee kan begronden (40). Dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, kan niet betwijfeld worden: het feit dat warentests zonder commercieel oogmerk worden doorgevoerd en gepubliceerd, maakt precies één der pijlers uit van haar rechtmatigheid, waardoor zij namelijk aanspraak kunnen maken op de garantie der pers- en meningsuitingsvrijheid en buiten het bereik van de concurrentiewetgeving blijven. Reclame wordt steeds met commercieel oogmerk gemaakt, zij geniet niet de volle garantie der meningsuitingsvrijheid en valt steeds binnen het bereik der concurrentiewetgeving. Het is dus onverschillig voor de principiële beoordeling of reclame nu al dan niet met vergelijkend warenonderzoek wordt gemaakt, zodat haar beoordeling volgens de gewone regels van het recht der

(39) RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1031); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 18 bij § 1 UWG; GROEN, a.c., Ars Aequi, XVIII, (1969), 13(20); DROSTE, a.c., GRUR, 1965, 219 (221). Genuanceerd: WILL, o.c., blz. 94 e.v.; HARTIG, o.c., blz. 46-47.

(40) Aldus: Trib. Milano, 22 juli 1968, Rass. Prop. Ind., 1968, 239.

oneerlijke mededinging inzake reclame, dient te gebeuren. Het loutere bestaan van een vergelijkend warenonderzoek kan evenmin ooit een voldoende noodzaak vormen om zich over de prestaties der concurrenten in de reclame uit te spreken. Sommigen achten dan ook elk gebruik van de resultaten van een vergelijkend warenonderzoek - behoudens enkele uitzonderingen - onrechtmatig. Zij menen dat door het gebruik in de reclame, de doelstellingen van het onderzoek worden vervalst, omdat de test tot een strijdmiddel in de concurrentiekamp wordt gemaakt, een praktijk die tegen de normen der fairness indruist (41). Daartegen heeft men laten opmerken dat door een nieuwe publicatie van een onaanvechtbaar vergelijkend warenonderzoek de doelstellingen hiervan onaangetast blijven en zelfs gediend worden door de omvangrijker kennisneming van het publiek, waarvan de adverteerder weliswaar de vruchten hoopt te plukken (42). Hiertegen kan worden ingebracht dat dit verderverbreiden van het onderzoek allereerst uit eigenbelang gebeurt en niet op grond van een neutrale, onbaatzuchtige ingesteldheid vanwege de adverteerder (43) en dat de houding van het aangesproken publiek tegenover een warenonderzoek anders is dan tegenover reclame (44). De adverteerder legt op het resultaat van het onderzoek nog eens het gewicht

(41) LG Bochum, 25 febr. 1963, GRUR, 1963, 437; LG Köln, 15 mei 1963, 832 (hoewel in een voor de oplossing van het geschil niet bepalende overweging); TETZNER, a.c., NJW, 1965, 725 (729); ULMER, in ULMER et alii, o.c., blz. 22-23.

(42) GIEFFERS, a.c., WRP, 1964, 290; GODDE, o.c., blz. 21; GROEN, a.c., Ars Aequi, (1969), XVIII, 13 (18); HARTING, o.c., blz. 51; GRASSMANN, o.c., blz. 142; SLAGTER, o.c., blz. 150; WEBER, a.c., NJW, 1968, 1364; WILL, o.c., blz. 116 e.v.

(43) BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (150); ULMER in ULMER et alii, o.c., blz. 22-23.

(44) Vgl. BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (150).

van zijn reclame (45): naar gelang de omstandigheden is dit geen voorlichting meer, maar gaat dit lijken op een vorm van psychologische koopdwang. Een middel tot voorlichting der consumenten wordt namelijk verwijderd van zijn ontstaansidee, te dienen tot voorlichting van het publiek alleen en daardoor van zijn rechtvaardiging weggehaald om in de eerste plaats te gaan dienen tot bevordering van de verkoopsinteressen van de adverteerder, waaraan het doel van voorlichting van het publiek wordt ondergeschikt gemaakt (46). WILL heeft gelijk wanneer hij tot bewijs van zijn stelling stelt dat warentests bedoeld zijn als wapen in de economische strijd (47), doch hij vergeet te vermelden dat zij dienen als wapen voor de consument om erdoor gesterkt het aanbod tegemoet te treden en niet om in de reclame tegen de verbruiker te worden ingezet.

301. Wel is het zo dat warentests die een volledig beeld bieden van het op de markt beschikbare assortiment (48), tegenover een groot deel der argumenten van tegenstanders van vergelijkende reclame stand houdt. Zeker is dat het argument dat de adverteerder zich tot rechter opwerpt in eigen zaak niet opgaat, daar, al naar gelang het concrete geval minder of meer, de adverteerder slechts

(45) GIEFFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (291). Vgl. LG Düsseldorf, 4 aug. 1964, WRP, 1965, 294 (295).

(46) GRASSMANN, o.c., blz. 135; MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (66).

(47) WILL, o.c., blz. 116.

(48) GRASSMANN, o.c., blz. 146. Vgl. EICHMANN, o.c., blz. 223. Volledigheid van de test en van de weergave ervan is vereist omdat de mededingers niet kunnen genieten van de aderruimte waarvan de testende geniet en zij ook slechts in die mate beroep kunnen doen op de marktdoorzichtigheidsbevorderende werking van de tests ten voordele van de consumenten.

pleit voor de eigen zaak en daartoe een beroep doet op een buiten de concurrentie staande autoriteit (49). Ook overwegingen die steunen op de subjectieve kleur van het gevelde oordeel zijn, zo de test volledig is en geen vertekeningen volgen uit de weergave in de reclame, niet houdbaar (50). Onaangetaast blijft echter het argument dat men de prestaties van anderen niet ten eigen nutte mag uitbuiten (Vorspann-argument of Hellegold-motiv). Hieraan verandert niets dat men het oordeel van een neutrale instantie overneemt en dus zelf niet oordeelt (51), ook niet dat men de eigen betere prestaties poneert tegenover de slechtere van de mededingers en niet omgekeerd (52): in wezen zet men zich hierbij ook af tegen de mindere prestaties der concurrenten. Bovendien buit men de prestaties van de neutrale derde tegen zijn wil uit en blijkt dat hij een redelijk belang heeft om zich te verzetten tegen deze uitbuiting. Verder doet aan dit argument ook niets af de stelling dat de waarheid moet kunnen verteld worden in de reclame, zo alle ga-

(49) EICHMANN, o.c., blz. 222; RINCK, a.c., BB, 1963, 1027 (1030); GRASSMANN, o.c., blz. 144; BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (150); SCHULTZ, a.c., JuS, 1965, 86 (88); WEBER, a.c., NJW, 1968, 1364; WILL, o.c., blz. 103. Contra: LG Bochum, 25 febr. 1963, GRUR, 1963, 437 (438); GIEFFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (291) hoewel hij eerder nadruk legt op het mogelijke verwarringsgevaar.

(50) EICHMANN, o.c., blz. 222.

(51) Contra: HARTIG, o.c., blz. 50-51; SCHULTZ, a.c., JuS, 1965, 86 (88); BORCK, a.c., WRP, 1965, 199 (203).

(52) Aldus: WILL, o.c., blz. 104 en 114 en SCHULTZ, a.c., JuS, 1965, 86 (88-89) met de overweging dat zijn zwakke prestaties oorzaak zijn van het dienen als Vorspann van de ongunstig beoordeelde. Dit lost het probleem niet op of de gunstige beoordeelde daarop in zijn reclame mag wijzen ten eigen voordele.

ranties voor objectiviteit vervuld zijn (53). Geen van deze argumenten vermag te overtuigen, omdat zij alle uitgaan van het postulaat dat, zo reclame informatief is in voldoende mate, zij ook moet kunnen gevoerd worden ten voordele van het publiek, om het even hoe groot het nadeel ervan is voor de mededingers. Hierdoor draait men de volgorde der beschermde belangen in de concurrentiewetgeving om (54) en miskent men het wezen der reclame. Toegegeven dient te worden dat voor reclame met vergelijkende waren-tests die volledig worden weergegeven, veel sneller een rechtvaardigingsgrond of een fundering voor een rechtmatigheidsoordeel zal kunnen gevonden worden. Vereist is alleen een reden die de adverteerder toeliet zich over de belangen van de aangegrepen concurrenten heen te zetten.

302. Wordt de waren-test onvolledig weergegeven, dan is dit niet steeds ipso facto onrechtmatig te achten. Veel zal afhangen van de concrete omstandigheden waarin dit gebeurde, bepalend is allereerst dat het weergegevene een juist beeld ophangt zowel van de werkelijkheid als van het geheel van de waren-test (55). Zelfs zo men de beoordeling van één of meer concurrenten in de vergelijking betreft en met de eigen beoordeling voldoende volledig weergeeft, is aan deze laatste voorwaarde niet steeds voldaan. Het Vorspann-argument zal in zijn volle zwaarte neerkomen en kunnen uitgespeeld worden tegen diegene die in zijn reclame de pres-

(53) RINCK, a.c., 1963, 1027 (1930). Contra: GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (291-292).

(54) Zie DERENBERG, a.c., GRUR AIT, 1972, 1 (4-5). Vgl. supra nr. 293. In dezelfde zin als hier, hoewel met een andere motivering: GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (292); BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (150-151).

(55) T.t.z. dat door de gekozen fragmenten geen verkeerde indruk mag geschapen worden wat betreft de gehele opzet en de uitwerking van de waren-test en wat betreft het niet in de reclame vermelde.

taties van die concurrenten weergeeft, die sterk contrasteren met de zijne (56). Een uitzondering daarop kan alleen worden gemaakt zo zulke vergelijkende reclame uit afwerende zelfverdediging werd gemaakt.

Zelfs zo de voorwaarde van partiële volledigheid werd vervuld en de uitkiezing der aangegrepen mededingers niet willekeurig zou zijn gebeurd, dan moet het nog steeds twijfelachtig heten of het beeld, dat daardoor van de markt en van het warenonderzoek in kwestie wordt opgehangen, niet eenzijdig en vertekend wordt voorgesteld. Sommigen achten dit steeds zo en voeren daartoe aan de relativiteit van de waarheid in de reclame, de subjectieve kleur die elke keuze heeft en het gevaar voor de markt-doorzichtigheid (57), zodat, daargelaten uitzonderlijke gevallen van afwerende zelfverdediging of zo de vergelijking uitsluitend draagt op de verschillende door de producenten gebruikte systemen, slechts de loutere verwijzing naar correcte en volledige tests of de gehele weergave daarvan toegelaten is. Ook de reclame die geen concurrenten herkenbaar maakt is dan streng te beoordelen: zo wordt de reclame met de bekomen eindbeoordeling voor het eigen produkt, wegens de relativiteit van dit oordeel, misleidend geacht (58).

(56) Vgl. GRASSMANN, o.c., blz. 146; EICHMANN, o.c., blz. 222-223; Irreführende Alleinstellungswerbung durch Wiedergabe eines unvollständigen Testergebnisses, DW, 1970, 3, Kooph. Brussel, 15 jan. 1904, P.P., 1905, 418: Een handelaar mag geen vergelijking maken van de eigen produkten met een analyse van de produkten van een concurrent. Dit vooral zo deze analyse niet tegensprekelijk was en niet uitging van een in België gevestigde wetenschappelijke autoriteit.

(57) GRASSMANN, o.c., blz. 145-146; GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (294); EICHMANN, o.c., blz. 223.

(58) GRASSMANN, o.c., blz. 145; MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (66); HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (25); GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (293); EICHMANN, o.c., blz. 223. Contra: GUDDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1076); BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (152) die de mededeling van zulk predikaat volgens de criteria der Alleinstellungswerbung beoordelen; TETZNER, a.c., NJW, 1965, 735 (729); ULMER-
.../...

Of dit strenge oordeel steeds dient onderschreven te worden, valt te betwijfelen. Veel zal afhangen van de concrete omstandigheden en voornamelijk van de vormgeving der reclame, de juistheid van het weergegevene tegenover het geheel van de test en de normale indruk die de reclame bij het publiek wekken moet (59). Hierbij aansluitend dient ook behandeld te worden de rechtmatigheid der handelwijze die erin bestaat dat slechts positieve beoordelingen over het eigen produkt worden weergegeven en negatieve achterwege gelaten. Meerdere auteurs beklemtonen de rechtmatigheid van deze handelwijze, zo zij niet misleidt of onjuist is en niet de valse indruk wekt dat geen negatieve beoordeling in de test werd uitgesproken (60). In het tweede deel is reeds gewezen op het feit dat in zulk geval, de waarde van de reclame voor de verbruik-

.../...REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 343. WILL, o.c., blz. 132 noemt de reclame met de eindbeoordelingen "das unverbindliche subjektive Urteil einer neutralen Instanz." Een eindbeoordeling die, om rechtmatig te zijn, zich noodzakelijk moet opdringen uit de onderzochte feiten, kan men zelfs wat betreft de gekozen formulering, bezwaarlijk subjectief noemen. Verder is ook de parallel met de toelaatbaarheid van reclame met medailles, prijzen en andere onderscheidingen, niet relevant. De waarde ervan als reclamemiddel is vrij gering, het appel dat ervan uitgaat aan een koopmotief bij het publiek eveneens. Bij reclame met warentests ligt dit precies anders en is het gevaar voor misleiding van het publiek ook veel groter.

(59) WILL, o.c., blz. 127; BORCK, a.c., WRP, 1963, 149 (150); GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (292).

(60) WILL, o.c., blz. 128-130 en de verwijzingen aldaar. WILL is echter niet helemaal consequent met zichzelf waar hij stelt dat de adverteerder niet ongevraagd zijn ondergeschiktheid tegenover anderen moet adverteren, doch de adverteerder wel toelaat de ondergeschiktheid van anderen bekend te maken, zonder enige dwingende reden daartoe.

kersvoorlichting gering te achten is en dat zulke reclame argwauwend dient bekeken te worden. Volledigheid is in die zin correct laat der juistheid in de reclame, dat zij zekerheid geeft dat het publiek, afgezien van bijzondere omstandigheden, niet zal misleid worden. Onvolledigheid leidt echter zeer snel tot onjuistheid of tot verkeerde meningsvorming. Onvolledigheid voortvloeiend uit het feit dat de adverteerder sommige aspecten der verschillende in de test besproken waren uitkiest en mededeelt, zal steeds de onrechtmatigheid der reclame medebrengen, wegens het misleidingsgevaar, de willekeur die zulke keuze steeds inhoudt en het gevaar voor onjuistheid van het medegedeelde (61).

303. Hierbij aansluitend kan ook gewezen worden op het probleem dat betreffende eenzelfde produktensoort twee of meerdere tests van verschillende warentestorganisaties naast elkaar kunnen bestaan, waarbij de adverteerder zeker de voor hem gunstigst uitvallende test in zijn reclame zal gebruiken. Of het feit alleen dat de adverteerder één ervan uitkiest voor zijn reclame en de andere onvermeld laat, op zichzelf misleidend is, valt te betwifelen (62). De vraag dient te worden beantwoord vanuit de

(61) Vgl. WILL, o.c., blz. 134-137; GRASSMANN, o.c., blz. 145; EICHMANN, o.c., blz. 223.

(62) Aldus EICHMANN, o.c., blz. 224 die dit staande houdt omdat volgens hem, de verbruiker dan meent dat hem resultaten worden voorgelegd die geen andere mogelijkheden open laten en hij mogelijk iets koopt dat in andere tests slechter werd beoordeeld. Het bestaan van een warentest laat echter steeds andere mogelijkheden open : steeds worden de waren onder een bepaalde optiek getest, die in een ander onderzoek verschillend kan zijn. Wel dient de adverteerder deze optiek in sterkere mate dan de testorganisatie te kunnen rechtvaardigen, daar hij niet geniet van de aan de testorganisatie geboden ademruimte.

juistheid van het gekozen onderzoek, gezien de andere test de relativiteit daarvan aantoonst en het in concreto bestaande misleidingsgevaar. Dit laatste wordt niet volledig uitgeschakeld door de enkele vermelding van het feit dat naast de gekozen test ook nog een andere bestaat (63). Zulke vermelding mag namelijk niet de indruk wekken dat de vermelde, doch niet opgenomen tests het geadverteerde onderzoek bijtreden, wanneer dit niet het geval zou zijn.

304. Mogelijk is, zoals reeds vermeld, dat de vergelijkende waren-test tot een Systemvergleich wordt omgewerkt en aldus in de reclame gepubliceerd (64). In de regel zal dit rechtmatig zijn vooral zo geen mededingers herkenbaar betroffen werden. Bij herkenbare betroffenheid moet de adverteerder een voldoende noodzaak kunnen aantonen om tot de vergelijking over te gaan.

Wat betreft het gebruik van het vergelijkend warenonderzoek bij de raadgeving van het kooplustig publiek in een verkoopsgesprek, dit achten de meeste auteurs rechtmatig (65). Van mening verschilt men over de vraag of de kleinhandelaar de vraag naar een vergelijking vanwege het publiek mag uitlokken. Hierbij is, naar het voorbeeld van de recente Duitse rechtspraak, soepelheid in de beoordeling aangewezen: de beradende functie van de kleinhandel is essentieel voor deze, zodat het uitlokken van de vraag naar een

(63) EICHMANN, o.c., blz. 224.

(64) HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (25); TETZNER, a.c., NJW, 1965, 725 (730); WEBER, a.c., NJW, 1968, 1364 (1365). Dit wordt thans regelmatig door DM gedaan met tests der Stiftung Warentest.

(65) ULMER, in ULMER en alii, o.c., blz. 23; GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (293); GODDE, a.c., DB, 1967, 1074 (1076-77); HEISEKE, a.c., WuW, 1967, 19 (24); GODDE, o.c., blz. 25; BORCK, a.c., WRP, 1965, 199 (203); EICHMANN, o.c., blz. 221.

vergelijking in de regel rechtmatig is, tenzij zo zou blijken dat de uitlokking van de vraag met raadgeving niets meer te maken heeft, bv. doordat de verkoper in kwestie slechts één enkel der in de warentest vermelde produkten verkoopt (66), de test verouderd of onjuist zou zijn. Duidelijk kan dit loslaten van de be-radende functie ook blijken uit de wijze waarop de vraag om voor-lichting wordt uitgelokt of zo de producent zijn verderverkopers tot het gebruik van de testberichten zou verplichten of zo de test wegens zijn specifiek karakter voor de gesuggereerde bera-ding ongeschikt is, bv. omdat geen produkten, maar de diensten-verlening van verschillende kleinhandelaars worden vergeleken (67).

Al deze opmerkingen gelden evenwel slechts in zoverre de testor-ganisatie het gebruik van haar testberichten voor reclame toestond. Is dit niet het geval dan zal de beoordeling wellicht anders moe-ten zijn, omdat dan tevens de invloed van de beoordeling van het gedrag van de adverteerder jegens de testorganisatie op de beoor-deling van zijn gedrag jegens de concurrenten moet worden nage-gaan. Dit zal gebeuren nadat is onderzocht welke de rechtstoe-stand van de testorganisatie is.

§ 4. Rechtmatigheid van de reclame met vergelijkende warenonder-zoeken of met delen daarvan tegenover de testorganisatie.

305. Herhaaldelijk is er reeds op gewezen dat de testorganisatie er belang bij heeft haar testberichten niet in de reclame te zien gebruiken (68). Aan de rechtsgronden waarop zij haar weigering kan

(66) GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (293).

(67) GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289 (293).

(68) Art. 20 Wetsvoorstel tot instelling van een Nationaal Instituut voor de Verbruikers bevat een uitdrukkelijk verbod.

steunen en adverteerders die dit verbod overtreden tot de naleving ervan kan verplichten, wordt thans aandacht besteed. Achtereenvolgens komen aan de beurt het persoonlijkheidsrecht, het auteursrecht en het geheel der rechtsregels die de titelbescherming beheersen.

a. Het persoonlijkheidsrecht.

306. Uitgegaan wordt van de veronderstelling dat de testorganisatie rechtspersoonlijkheid bezit. De vraag die dan rijst is of en in hoeverre zij hieruit mogelijkheden ter beschikking heeft om door haar ongewenst geachte reclame met de resultaten van warenonderzoeken te weren.

307. Omvang van het persoonlijkheidsrecht.

De Duitse hoogleraar HUBMANN heeft in zijn sferentheorie (69) een belangrijke formulering gegeven van de persoonlijkheidsrechten, die als uitgangspunt kan dienen voor een beschrijving van de persoonlijkheidsrechten van rechtspersonen. Volgens deze theorie beschikt elke natuurlijke persoon over een publieke, een privé- en een intimiteitsfeer. Daar deze begrippen opgebouwd zijn vanuit de kracht der bescherming welke door het recht wordt verleend, is hun inhoud eerder vaag gelaten, omdat men de zwaarte der aantasting allereerst en slechts secundair het effect van de inbreuk op een persoonlijkheidscomponente gaat beoordelen (70).

(69) HUBMANN, Das Persönlichkeitsrecht, blz. 217 e.v.; REHBINDER, o.c., blz. 85 e.v.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeines Teil, § 101, II, 6; VANDENBERGHE H., a.o., R.W., 1969-70, 1457 (1462).

(70) Vgl. BGH, 16 sept. 1966, GRUR, 1967, 205 (207-208), noot BIELLENBERG, Vor unserer eigenen Tür; GERBRANDY, Het persoonlijkheidsrecht van de auteur, N.J.B., 1964, 989 (993): "Indien de wet een persoonlijkheidsrecht eenmaal erkent... dan kunnen bepaalde formules wel een minimum inhoud vaststellen maar zeer moeilijk een maximum inhoud."

De publieke sfeer is dat werkingsgebied, voor wiens daadwerkelijke openbaarmaking het belang van het publiek zwaarder weegt dan het belang bij geheimhouding hiervan in hoofde van de betrokken persoon. Deze publieke sfeer is identisch met het tijdsgebeuren (71) en daartoe hoort voor een natuurlijk persoon zijn economische bedrijvigheid (72) of zijn politieke activiteiten (73). Indien men nochtans niet rechtstreeks bij een gebeuren betrokken is, of uit de aard van zijn activiteit ertoe aanleiding geeft, dat het publiek belang heeft bij berichtgeving over zijn persoon, dan betekent het feit dat een natuurlijk persoon zich in het openbaar begeeft, nog niet dat wat hij doet tot zijn publieke sfeer behoort (74). De gewone burger heeft m.a.w. geen publieke sfeer, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten.

De privésfeer is die activiteitenkring die normaal niet valt in het blikpunt van het rechtmatig belang van het publiek op kennisneming ervan, hoewel deze activiteiten mogelijk door anderen waarneembaar zijn (75). De betrokkene wenst daarin ongemoeid gelaten te worden en beslissingen daaromtrent op eigen verantwoordelijkheid en volgens eigen levensinzicht te treffen, zonder inmenging

(71) HUBMANN, o.c., blz.218; SCHUERMANS, o.c., blz.177 e.v.; WENZEL, o.c., blz.67; BGH, 10 mei 1957, BGHZ, 24, 200, Spätheimkehrer. Voor het recht op de afbeelding: § 23, 1 KUG; Brussel, 7 maart 1953, J.T., 1953, 219.

(72) BGH, 5 maart 1963, GRUR, 1963, 490, noot ULMER, Fernsehansagerin; BGH, 24 okt. 1961, GRUR, 1962, 108 (109), noot FREIIN VON ERFPA, Waffenhandel; BGH, 14 jan. 1969, GRUR, 1969, 304, noot BIELENBERG, Kredithaie. Vgl. Rb. Brussel, 30 juli 1901, F.P., 1902, 172; 24 febr. 1960, J.T., 1960, 507; DUPLAT, o.c., blz. 292.

(73) Luik, 11 maart 1909, Jur.Liège, 1909, 100; Brussel, 7 maart 1953, J.T., 1953, 219; VANDENBERGHE H., a.c., R.W., 1969-70, 1457 (1463) met verdere verwijzingen; L.GALAUDE, noot onder Gent, 26 april 1973, R.W., 1973-74, 480 (493), Van den Daele; WENZEL, o.c., blz. 67; BGH, 17 maart 1970, GRUR, 1970, 370, noot BUSSMANN, Nachtigall.

(74) Aldus werd het zonder redelijke noodzaak zich opdringen aan een ander persoon, zelfs zo dit op de openbare weg gebeurde door naroeppen of naast hem gaan lopen, een inbreuk op diens privacy geacht: Kress. Rb. 's Gravenhage, 26 maart 1970, N.J., 1972, 165. Zie .../...

van buiten uit (76). Zij omvat de fysische verschijningsvorm, de niet-openbare levensloop en het karakterbeeld (75).

Het binnendringen in deze privésfeer is een onrechtmatige daad, in België krachtens art. 1382 B.W., in Duitsland als inbreuk op een sonstiges Recht in de zin van § 823, I BGB (77), in Nederland als inbreuk op art. 1401 B.W. (78).

Gezien de vlucht die de nieuwsgaring en de nieuwsverspreiding hebben genomen, de nieuwsgierigheid en de sensatiezucht van het publiek, rijst zeer dikwijls een conflict tussen het recht op vrije meningsuiting en de persvrijheid enerzijds, het recht op de privésfeer anderzijds. Het conflict dient dan te worden opgelost volgens een belangenafweging gericht op de concrete omstandigheden, waarvolgens dient onderzocht of de nagestreefde voorlichtingsbelangen in het algemeen

en gezien de specifieke omstandigheden, de voorrang dient te worden gegeven, of de inbreuk in de privésfeer naar zijn aard en draagwijdte door dit belang

.../... ook L. GALAUDE, noot onder Gent, 26 april 1973, R.W., 1973-74, 480 (492-493) Van den Daele.

(75) VANDENBERGHE H., a.c., R.W., 1969-70, 1457 (1463); HUBMANN, Persönlichkeitsrecht, blz. 228; WENZEL, o.c., blz. 69; AUBEL, o.c., blz. 108 e.v.

(76) BVerfG, 14 febr. 1973, GRUR, 1974, 44 (47), Soraya.

(77) Via de omweg van art. 2 GG. Over de aard van het persoonlijkheidsrecht bestaat een uitvoerige literatuur en rechtspraak. Voor een overzicht, zie: WENZEL, o.c., blz. 37 e.v. Adde: BGH, 25 mei 1965, GRUR, 1966, 157, Wo ist mein Kind?; BGH, 15 jan. 1965, GRUR, 1965, 495, Wie uns die Anderen sehen; BGH, 7 jan. 1969, GRUR, 1969, 301, noot BUSSMANN, Spielgefährtin II; BGH, 17 maart 1970, GRUR, 1970, 370, noot BUSSMANN, Nachtigall; BGH, 26 jan. 1971, GRUR, 1972, 97, Liebestropfen; OLG Düsseldorf, 20 mei 1969, GRUR, 1970, 194, Gastarbeiter.

(78) Behoudens specifieke bepalingen, naargelang de aard der in concreto gepleegde feiten.

bij de voorlichting en bij de uitoefening van haar taak door de pers wordt vereist en in een niet-buitensporige verhouding tot de betekenis van de bekend te maken feiten staat (79). Ook wordt gelet op de wijze waarop de informatie werd verkregen (80), haar juistheid (81) en op de wijze waarop zij de wereld werd ingestuurd (82).

Binnen de privésfeer is er een harde kern, de bakermat der persoonlijkheid, een laatste onaantastbaar bolwerk van menselijke vrijheid, een ruimte voor stilte en ongestoordheid, de bron voor individueel leven en scheppende creativiteit, welke fundamenteel ook voor de bekenden- en vriendenkring niet toegankelijk is, het uitgangspunt en het schuiloord voor een autonome levensbeleving. Daartegenover past schroom en eerbied en, buiten dramatische omstandigheden, voelt ieder mens een zeker ongemak tegenover onthullingen

(79) Zie recent: BVerfG, 14 febr. 1973, GRUR, 1974, 44 (47-48), Soraya; BVerfG, 5 juni 1973, GRUR, 1973, 541, Lebach; BGH, 26 jan. 1971, GRUR, 1972, 97 (99), noot FISCHOTTER, Liebestropfen.

(80) Zo garandeert de persvrijheid alleen de nieuwsgaring uit algemeen toegankelijke bronnen, waaronder de privésfeer normaal niet valt. Aldus uitdrukkelijk: art. 5 GG. Vgl. VANDENBERGHE H., a.o., R.W., 1969-70; 1457 (1463); SCHUERMANS, o.c., blz. 137; AUBEL, o.c., blz. 108 en 112.

(81) BGH, 7 jan. 1969, GRUR, 1969, 301, noot BUSSMANN, Spielgefährtin II, Onrechtmatig en niet door de grondrechten gedekt is aldus een fictief interview over het leven van een in de publieke belangstelling staand persoon: BVerfG, 14 febr. 1973, GRUR, 1974, 44, (48), Soraya en de aangevochten beslissing: BGH, 8 dec. 1964, GRUR, 1965, 254 (255), Exclusiv-Interview.

(82) BGH, 26 jan. 1971, GRUR, 1972, 97 (98-99), noot FISCHOTTER, Liebestropfen.

ervan. Deze kern omsluit fundamentele menselijke waarden en het belang op hun geheimhouding mag slechts in uiterste nood omgaan worden (83). Waar het om bijzonder intieme mededelingen gaat, kan mogelijk zelfs de toestemming van de betrokkenen nog geen vrijbrief tot publicatie betekenen (84).

308. Of rechtspersonen dezelfde drie sferenkernen vertonen is twijfelachtig. Vooreerst omdat zij niet uit zichzelf die zijnsdensiteit bezitten, dat hen een intiem- of privésfeer als kern van fundamentele, eigen persoonsgebonden waarden dient te worden toegekend. Een rechtspersoon heeft niet vanaf zijn oprichting zulke uitstraling dat hij op niet-inmenging van buiten zou kunnen aanspraak maken. Integendeel, zijn initiale uitstraling is uiterst gering, daar de uitstraling der persoonlijkheid alleen in en door zijn activiteiten ontstaat en voldoende eigenheid, individualiteit verkrijgt om voor bescherming in aanmerking te komen. Indien aldus een rechtspersoon van bij zijn oprichting en mogelijk ook na zijn ontbinding wordt beschermd, dan is dit niet omdat hij rechtspersoon is, maar omdat deze bescherming nodig wordt geacht, gezien zijn toekomstige activiteit of zijn

(83) Vgl. VANDENBERGHE H., a.c., R.W., 1969-70, 1457 (1463); Rb. Brugge, 4 april 1939, R.W., 1939-40, 820; Hasselt, 29 maart 1905, P.P., 1905, 144; Gent, 7 maart 1906, P.P., 1906, 329; Brussel, 22 maart 1907, Pas., 1908, II, 109; Durbuy, 30 april 1902, Pas., 1903, III, 51; WENZEL, o.c., blz. 71-72; BVerfG, 16 jan. 1957, BVerfGE, 6, 32 (41).

(84) Anders w.b. een psychiatrisch onderzoek als een deskundigenonderzoek, Cass., 7 maart 1975, R.W., 1974-75, 2335 (2337) met noot; Brussel, 11 sept. 1973, R.W., 1973-74, 1824, dat strijdig acht met art. 7 G.W. het bevelen van een neuro-psychiatrisch onderzoek van de moeder bij de bepaling der voorlopige maatregelen betreffende het bestuur over een kind.

voorbijge activiteit; het belang van zijn oprichters of aandeelhouders of van de personen die met hem zullen handelen of handelen. Daar bij zijn ontstaan alleen de mogelijkheid, het raam wordt geschapen om tot doelgerichte activiteit te kunnen overgaan, zou dus alleen de oprichtingsakte van de rechtspersoon in aanmerking kunnen komen om als binnenste kern te dienen. Door de verplichte publiciteit die daaraan dient te worden gegeven, is de mogelijkheid tot het bestaan van een privésfeer of van een intimiteitssfeer hierop steunende, reeds ab initio uitgesloten. De vraag wordt dan of het niet mogelijk is dat door en omwille van zijn activiteit de rechtspersoon een zekere vorm van privésfeer zou kunnen verwerven.

Indien men analogisch redeneert met de rechten van de natuurlijke persoon die zijn persoonlijkheid doorheen zijn bestaan in zijn activiteit voortdurend verrijkt en bevestigt, waarbij de wet hem soms behulpzaam is, doch niet noodzakelijk dient te helpen, dan zien wij dat de rechtspersoon, steeds met behulp van de wet, op twee manieren een privésfeer zou kunnen opbouwen. Een eerste is door bepaalde activiteiten voor zichzelf lonend te maken door essentiële modaliteiten ervan voor zich te reserveren. Vaak wordt daarvoor vereist dat zekere voorwaarden zouden zijn vervuld : zo is ter beveiliging van het fabrieksgeheim of know-how een niet-concurrentiebeding mogelijk. Octrooien zijn niet geheim: zij dienen praktisch steeds te worden gepubliceerd. Nochtans zijn deze elementen, die een begin van privésfeer zouden kunnen uitmaken, in rechte slechts gedurende een beperkte tijd, onafhankelijk van het bestaan van de rechtspersoon, gegarandeerd en dienen bepaalde vormvereisten te zijn vervuld opdat zij zouden kunnen bestaan. Zij zijn afhankelijk van een actief optreden ter beveiliging en in de tijd beperkt. Bovendien verrijken deze handelin-

gen niet de persoonlijkheid van de rechtspersoon, maar zijn patrimonium.

Of er daarbuiten nog een tweede gebied van bescherming is dat de rechtspersoon doorheen gans zijn bestaan in functie van zijn persoon-zijn geniet, valt erg te betwijfelen. Het hoger uiteengezette noopt er immers toe te besluiten dat bij de beschrijving der rechten die een rechtspersoon kan uitoefenen, niet mag gesteund worden op de theoretische persoonlijkheid, de natuur van de rechtspersoon, doch dat het vertrekpunt dient te zijn een onderzoek van het recht of de rechtshandeling die men aan de rechtspersoon wil zien toekennen (85).

309. Men kan wellicht tot hetzelfde besluiten zo men uitgaat van het begrip onderneming, dat de sociologisch-economische werkelijkheid dekt, waarvoor het recht de techniek der rechtspersoon-vennootschap ter beschikking stelt (86). Zij wordt meestal gedefinieerd als een combinatie van arbeid en kapitaal en leiding gericht op de produktie en/of de distributie van goederen of diensten. Deze produktie of distributie gebeurt met het oogmerk een zo groot mogelijke winst te maken, terwijl tevens wordt getracht de waarde van de onderneming voor haar bezitters maximaal te maken (87). Daartoe wordt voor de onderneming wel een mogelijkheid om zichzelf en haar produkten te individualiseren opge-eist, doch worden uit deze individualiteit nooit gevolgtrekkingen gemaakt wat betreft de te volgen gedragelijn van managers of leidinggevendenden of van het publiek, de massamedia en de concurrenten.

(85) Vgl. MEIJERS, Algemene begrippen, blz. 174 e.v.

(86) VAN GERVEN, Algemeen deel, blz. 272.

(87) In de mate dat winsten worden gemaakt van boekjaar tot boekjaar zal dan ook de waarde van de onderneming stijgen, zodat de eerste doelstelling eigenlijk mede in de tweede ligt vervat.

terzake van de berichtgeving over de onderneming. Het ons hier interesserende probleem vanuit de economische en sociologische werkelijkheid illustreren lijkt dan ook een onmogelijkheid.

310. Hoger is reeds vermeld dat in de drie landen als vaststaande geldt dat een rechtspersoon geen privésfeer heeft in en omwille van zijn economische activiteit (88). Op grond hiervan kan dus de testorganisatie niet optreden tegen adverteerders die haar testberichten in de reclame zouden gebruiken tegen haar zin in. Slechts in de mate dat een persoonlijkheidscomponente werd in het gedrang gebracht door de reclame zal de testorganisatie hiertegen kunnen optreden, op voorwaarde evenwel dat de aanspraak niet zou veronderstellen dat een natuurlijke persoon deze laat gelden, daar beiden onlosmakelijk met elkaar verbonden zouden zijn.

M.a.w. de natuurlijke persoon is een existentiële zelfstandigheid die omwille van zijn bestaan zelf, rechten geniet. De rechtspersoon is een juridische realiteit, ontstaan uit de eigen dynamiek van het recht, die slechts rechten heeft in zoverre dit voor zijn bestaan en activiteit noodzakelijk is (89).

Als conclusie drijgt zich hieruit op dat de aktiviteit van een rechtspersoon met het oog op de verwezenlijking van zijn doel, niet tot zijn privésfeer kan behoren, en dat een rechtspersoon geen privésfeer heeft, zodat zijn doelgerichte aktiviteit steeds in zijn publieke sfeer valt (90).

(88) RONSE J., Vennootschappen, blz. 297 e.v.; VAN GERVEN, Algemeen Deel, nr. 45; MICHOD, o.c., II, nr. 168, blz. 2 e.v.; VON GAMM, o.c., blz. 297 e.v.; WENZEL, o.c., blz. 56; BGH, 24 okt. 1961, GRUR, 1962, 108, noot FREIIN VON ERFFA, Waffenhhandel; BGH, 14 jan. 1969, GRUR, 1969, 304, noot BIELENBERG, Kredithaie; BGH, 16 nov. 1970, GRUR, 1971, 273, noot SAMWER, Chamotte.

(89) SALEILLES, o.c., blz. 642.

(90) Zie noot 72 op blz. 614.

311. In de mate dat zijn economische of doelgerichte aktiviteit het vereist kan een rechtspersoon achter wel "persoonlijkheidsrechten" bezitten. De rechtsleer en de rechtspraak kennen de rechtspersoon een recht op de naam, de eer en de standing toe (91). Omwille van het belang dat elk dezer domeinen heeft voor de ons hier bezig houdende vragen, vinden zij afzonderlijke behandeling.

b. Het recht op de naam.

311. Ongeacht de vennootschaps- of verenigingsvorm door de testorganisatie aangenomen, geniet de naam die zij als rechtspersoon heeft gekozen en waaronder zij haar doelgerichte aktiviteiten doorvoert, bescherming. Elke usurpatie daarvan, elk misbruik kan zij weren, zowel indien dit misbruik uitgaat van een concurrerende testorganisatie als van een derde. Hier interesseert ons slechts deze laatste vorm van aantasting van haar naamrecht, in die zin dat de usurpatie ter betiteling van een ander rechtspersoon dan de testorganisatie wordt uitgesloten. In dit geval wordt de naam als middel tot individualisatie beschouwd en vereist de inbreuk dat de inbreukmaker verwarring sticht door een ongeoorloofd gebruik van dezelfde of een gelijkaardige naam ter noeming van zichzelf of zijn handelszaak. Wij beschouwen hier het recht op de naam als uiterlijk teken van de eigenwaarde, de reputatie

(91) VAN GERVEN, Algemeen Deel, blz. 120 met verwijzingen; DALCO, Traité, nr. 1268 met verwijzingen; Cass., 9 febr. 1948, Pas., 1948, I, 88; Rb. Brussel, 28 maart 1975, R.W., 2286 (2288); WENZEL, o.c., blz. 56; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeines Teil, § 94, IV, blz. 364 e.v.; HELLE, o.c., blz. 5; Rb. Amsterdam, 8 febr. 1944, N.J., 1944-45, 544; Pres. Rb. Amsterdam, 12 juli 1966, N.J., 1967, 196; MICHELIS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, in DRION H., Onrechtmatige Daad, IX, nr. 6 met verwijzingen.

van de naamdrager. Hier is voor de inbreuk niet vereist dat er gebruik ter noeming van de persoon of de handel van de inbreukmaker gegeven is; veelal wordt de naam louter aangehaald en bestaat er geen gevaar voor verwarring. In het eerste geval is er een inbreuk op het naamrecht stricto sensu; in het tweede geval is er inbreuk op de eer, de reputatie, de standing, door het noemen van de naam (92). Ook hier is er een misbruik van het naamrecht: dit recht dient hier om de aantasting van de door de naam gerepresenteerde individualiteit van een persoon in het openbaar leven te weren (93). Het naamrecht wordt geacht zich ook uit te strekken

(92) R.P.D.B., Nom et prénom, nr. 215 e.v. en 241 e.v. Vgl. Pres. Rb. Zwolle, 20 febr. 1969, N.J., 1969, 448, Urker Mannenkoor; KOEBEL, Namensnennung in Massenmedien, JZ, 1966, 389 (391).

(93) WILL, o.c., blz. 83; EICHMANN, o.c., blz. 20 onder verwijzing naar BGH, 5 dec. 1958, NJW, 1959, 525, Kriegergedenktafel. In principe aldus: Voorz. Rb. Antwerpen, 12 juni 1964, J.T., 1965, 231, betreffende het pseudoniem "De Beatles" gebruikt door een producent van snoepgoed voor zijn produkten; DE LIEDERKERKE, a.c., J.T., 1959, 413 (414) met verwijzing naar Rb. Brussel, 28 maart 1952, J.T., 1952, 403, waar het echter gaat om de herroeping der adoptie op aanvraag van het kind-verzetsstrijder, omdat de adoptant wegens collaboratie tot zes jaar hechtenis werd veroordeeld. Zie ook de rechtspraak bij MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, o.c., in DRION H., Onrechtmatige Daad, IX, nr. 47. Adde: BGH, 15 maart 1963, GRUR, 1964, 38, noot DROSTE, Dortmund grüsst mit Hansa-Bier; RG, 28 okt. 1910, RGZ, 74, 308 (310), Zeppelin; Rb. Haarlem, 13 maart 1946, B.I.E., 1947, 147. Contra: R.P.D.B., Nom et prénom, nr. 241.

Impliciet contra, doch gesteund op het auteursrecht: Rb. Brussel, 14 juli 1931, Pas., 1931, 161 (164-165): waar de schilder Gustave Vande Woestyne zich tevergeefs op zijn moreel recht van auteur beroept om te beletten dat werk van hem zou worden tentongesteld op een tentoonstelling, ingericht door een kring met wiens opvattingen hij het niet eens is en waartoe hij niet behoort. Bepalend daartoe schijnt te zijn geweest het feit dat Vande Woestyne geen eigenaar meer was van de schilderijen en dus het publiek expositierecht niet meer bezat (er was geen voorbehoud

tot die gevallen waarin de drager van de naam, wegens het gebruik dat ervan wordt gemaakt door een derde, schade lijdt door in verband te worden gebracht met goederen, diensten of bepaalde ondernemingen waarmee hij geen uitstaans heeft (94). Daartegen kan men niet inbrengen dat, zo de testorganisatie correct betiteld werd, geen verwarringsgevaar werd in het leven geroepen en door het noemen van haar naam de organisatie en haar werkzaamheden beter bekend worden gemaakt en haar doelstellingen bevorderd. Zelfs zo het om een oordeel gaat over het al dan niet inbreuk maken van een naamgebruik op het naamrecht van een concurrent (in de ruimste zin van dit woord), kan dit niet worden aanvaard. Hier komt immers de goodwill van de betroffene steeds in het gedrang. Zelfs

.../...gemaakt), en het feit dat de rechtbank zijn bezwaar afscheept als dragende op een bezwaar van schikking (classement) in de tentoonstelling, wat haar toelaat dit een uiting van het recht van kritiek te noemen, en niet als een bezwaar van niet willen gekend worden als behorende tot de kring, er niets mee willen te maken hebben, waartegen noch het recht van expositie, noch het recht van kritiek wapens bieden, aangezien het hier gaat om de mening van de kunstenaar over zijn werk.

(94) Brussel, 28 maart 1930, Ing. Cons., 1932, 69 dat bevestigt Kooph. Brussel, 24 juni 1929, Ing. Cons., 1929, 135, Hôpital St. Jean; Voorz. Kooph. Brussel, 8 jan. 1969, J.T., 1969, 224; BGH, 11 nov. 1958, BB, 1959, 135, Quick; BGH, 4 jan. 1963, 362 (363), coffeïnvrij. Contra, alhoewel de band met het geadverteerde produkt er niet zo manifest was: BGH, 18 maart 1959, GRUR, 1959, 430, Catherina Valente; H.R., 16 jan. 1970, N.J., 1970, 220, noot G.J.S., Ja zuster, nee zuster waarover een discussie in Ars Aequi, 1970, 442 e.v. met verwijzingen. Hier liep de aanspraak spaak op het ontkennen van het bestaan van een portret en het feit dat uitvoerende kunstenaars geen bescherming van de auteurswet kunnen invoeren. Een krenking van het naamrecht werd door de Hoge Raad uitdrukkelijk verworpen daar de uitvoerende kunstenaars slechts via de naam van de rol die zij vertolkten werden aangeduid; BEEKHUIS, Nog eens het 'Ja zuster, nee zuster'-arrest, R.M.Themis, 1972, 7 (26-27). Zie ook de (franse) rechtspraak aangehaald in R.P.D.B., Nom et prénom, nr. 242 e.v. en Concurrence illicite, nr. 191 e.v.

zo de naam hierbij louter ter individualisatie tegenover anderen, als middel tot noeming wordt beschouwd, is hij ook uitwendig teken van de reputatie van de drager ervan (95). Deze uitbuiting van zijn naam door een ander uit winstbejag dient de drager van de naam niet te dulden : bij een rechtspersoon zal een aantasting van de naam steeds een pecuniaire weerslag hebben (96): rechtspersoonlijkheid en afzondering van een vermogen met het oog op de realisatie van een bepaald doel zijn immers synoniem (97). Aantasting van het belangrijkste middel om deze individualisatie aan anderen direct kenbaar te maken, van het kenteken waaronder het publiek en alle andere deelnemers aan het maatschappelijk leven de rechtspersoon kennen en noemen, begrondt dus steeds een vordering tot afwering van de inbreuk, omdat de aantasting steeds een aannemelijke weerslag heeft op ideële of vermogenscomponenten van de rechtspersoon. Het bestaan der schade staat dus zeker vast.

c. De professionele standing en reputatie.

312. Beide persoonlijkheidscomponenten kunnen samen behandeld worden, omdat zij samen de belangrijkste ideële componenten der goodwill uitmaken, ten gevolge waarvan de handelsnaam, de ligging der handelszaak en andere materiële componenten der goodwill, een belangrijke dimensie bij krijgen, doordat de professionele reputatie en standing een voortdurende oorzaak van verwerving van voorsprong en van aantrekking van klanten uitmaken. Als opmerking hiertegen inbrengen dat verbruikersverenigingen meestal geen winstoogmerk hebben en ook geen handelsvennootschap-

(95) Vgl. BGR, 8 dec. 1953, GRUR, 1954, 195 e.v., KFA; BGR, 10 april 1970, GRUR, 1970, 481, noot FISCHOTTER, Weserklausur.

(96) Vgl. DE PAGE, Traité, I, nr. 304; Pres. Rb. Utrecht, 6 febr. 1974, N.J., 1974, 381.

(97) DE PAGE, o.c., I, nr. 500; ROSENTHAL-BOHNENBERG, o.c., nr. 70, Kritisch daartegenover : VAN GERVEN, Algemeen Deel, nr. 88 e.v.

pen zijn, terwijl steeds goodwill als een handelsfenomeen wordt beschouwd, houdt geen steek (98). Feit is immers dat het enig bepalende criterium om de testorganisatie haar handelskarakter te ontzeggen, steunt op haar belangeloze doelstellingen, terwijl haar maatschappelijke aktiviteit mogelijk even efficiënt door een handelsvennootschap kan worden gevoerd. Het is niet te loochenen dat haar ideële doelstellingen ten dele medebepalend zijn voor de vorming van de goodwill van de testorganisatie, doch dit kan slechts gebeuren door een optreden naar buiten, met aktiviteiten die, werden ze door een handelsvennootschap gesteld, handelsdaden zouden worden geacht, die leiden tot de opbouw van goodwill. Door haar aktiviteiten krijgen de verschillende componenten der goodwill van de testorganisatie - haar naam, haar tijdschrifttitel, haar mogelijk specifieke benaming der aanbevolen aankoop - hun prestige, hun geloofwaardigheid in de ogen van het publiek, en schenkt dit de testorganisatie vertrouwen. Dit fenomeen is de vorming van goodwill. Het bestaat in het verwerven van een aureool van verdediging van de rechten van de consument, dat naar de overtuiging van het publiek terecht wordt toegekend. Naar de verwerving daarvan dient zo bewust mogelijk te worden gestreefd en elke gedraging die daaraan afbreuk zou doen dient te worden vermeden of, zo ze van derden afkomstig is, te worden bestreden. Het belang dat de testorganisatie daarbij heeft is niet alleen ideël, namelijk zelf te kunnen bepalen welke doelstellingen zij met haar beweging wenst na te streven en hoe zij dit zal doen, doch ook materieel, omdat een gunstige bekendheid bij het publiek moet leiden tot meer lezers en dus een grotere oplage, terwijl ook het risico in procedures verwikkeld te raken daardoor vermindert.

(98) Zie in dit verband de meningsstrijd rond de overdracht van goodwill voor vrije beroepen: COHEN-JEHORAM, Goodwillrecht, blz. 46-47.

313. De rechtspraak levert haast uitsluitend gevallen waarin de professionele eer en standing van natuurlijke personen werd aangetast (99), nochtans kan, ongeacht de verschillende grondslag der te beschermen belangen, deze rechtspraak ook als argument ter bescherming der reputatie en der goodwill van rechtspersonen dienen (100-101).

(99) NUYTINCK, a.c., R.W., 1961-62, 609 (619); VANDENBERGHE H., a.c., R.W., 1969-70, 1457 (1466); BGH, 8 mei 1956, GRUR, 1956, 426, Motorroller; BGH, 18 maart 1959, GRUR, 1959, 430, Catherina Valente; BGH, 19 sept. 1961, GRUR, 1962, 105, noot BUSSMANN, Gineeng; BGH, 10 nov. 1961, GRUR, 1962, 211, Hochzeitsbild. Recent: BGH, 17 maart 1970, GRUR, 1970, 370, noot BUSSMANN, Nachtigall; BGH, 26 jan. 1971, GRUR, 1972, 97, noot FISCHÖTTER, Liebestropfen, beide met uitvoerige verwijzingen. Pres. Rb. Rotterdam, 14 april 1959, N.J., 1959, 648, bev. Hof 's Gravenhage, 13 april 1960, N.J., 1961, 160; Rb. Utrecht, 24 mei 1961, N.J., 1962, 216; Hof Amsterdam, 30 mei 1962, N.J., 1962, 342; Pres. Rb. Almelo, 23 april 1963, N.J., 1964, 304; Pres. Rb. 's Gravenhage, 14 april 1964, N.J., 1964, 483 (résumé); Pres. Rb. Amsterdam, 12 juli 1966, N.J., 1967, 196 (i.v.m. een scheepsbouwmaatschappij); Rb. Zwolle, 24 nov. 1971, N.J., 1972, 285. Zeer duidelijk k: Hof Amsterdam, 10 febr. 1970, N.J., 1971, 130: "Schade in reputatie heeft de bank ook zonder bewijs van concrete feiten - geleden, nu hij door de gewraakte boekomslog betrokken is in de sensatiezucht van een deel van het publiek, gepaard aan het feit dat hij op een voor hem onaangename wijze in de publiciteit is gekomen." De vraag wordt open gelaten door H.R., 26 april 1963, N.J., 1964, 487, concl. VAN OOSTEN.

(100) Omstreden is alleen of men een geldelijke schadeloosstelling kan worden toegekend voor louter morele schade. Op zeer veel kritiek is gestuit de rechtspraak die morele schadeloosstelling aan de staat toekende in processen tegen politieke delinquenten. Zie het overzicht in R.W., 1948-49, 1244-1248 en RONSE, A.P.R., Schade en schadeloosstelling, nr. 742 e.v. en 767 e.v. Erg twijfelachtig is dit in Duitsland daar de immateriële schade door de onrechtmatige en schuldige krenking van persoonlijkheidsrechten veroorzaakt, slechts wordt vergoed zo de zwaarte van de inbreuk zulke genoegdoening vereist en elke andere wijze van vergoeding onbevredigend is en de rechtspraak deze criteria streng hanteert. Zie als unicum pro in Nederland: Hof Amsterdam, 10 febr. 1970, N.J., 1971, 130.

WILL (102) meent dat de ondernemer daartegenover zijn fundamenteel recht op de vrije ontplooiing van zijn handelsactiviteit kan stellen, doch dat dit recht moet wijken voor het zwaarder wegend belang der testorganisatie, voortvloeiend uit haar recht op haar naam en professionele standing. Het is inderdaad zo dat bij de belangenafweging die hier dient plaats te grijpen tussen het belang te kunnen adverteren met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek en het belang van de testorganisatie op een ongestoord bestaan en doorvoeren van haar activiteiten ten voordele van de verbruikers, dit laatste het zwaarst moet wegen. Er kan zelfs gesteld worden dat bij een conflict tussen private economische belangen en de persoonlijkheidsrechten, immer de voorrang aan deze laatste moet worden gegeven (103).

314. Op het eerste gezicht lijkt daarentegen het belang dat het publiek heeft bij de geboden voorlichting, als relevant algemeen belang, zwaarder te moeten wegen dan het persoonlijkheidsrecht der testorganisatie. Immers bij een adequate publicatie van het volledige of volledig weergegeven uittreksens uit het testbericht wordt nuttige voorlichting geboden waartegen de verbruikersvereniging zich verzet, omdat niet zij, maar een derde deze nieuwe publicatie deed, dit lijkt te moeten wijken voor het algemeen be-

(101) Spreken van de eer van een rechtspersoon heeft geen zin, wel van de goede naam ervan. In de drie landen immers beschouwt men de eer als het gevoel van eigenwaarde waarop iemand terecht kan praten, de goede naam als de mening, het beeld dat anderen zich van ons vormen op grond van onze gedragingen gelegen in onze publieke sfeer (wat meteen inhoudt: gedragingen waarover kan worden geoordeeld en het resultaat ervan medegedeeld). Vgl. VANDENBERGHE H., Preadvies, blz. 6; MICHELIS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Preadvies, blz. 7; HELLE, o.c., blz. 17; RIMANQUE, Preadvies, blz. 5, Rb. Arnhem, 5 sept. 1974, N.J., 1975, 364.

(102) WILL, o.c., blz. 84-86.

(103) BUSSMANN, noot sub BGH, 19 sept. 1961, GRUR, 1962, 105(108), Ginseng. Vgl. BVerfG, 5 juni 1973, GRUR, 1973, 541 (544), Lebach; WILL, o.c., blz. 85; DRION, a.o., Op de grenzen van komend Recht, blz. 99 (107).

belang (104). Men verlieze nochtans niet uit het oog dat het erg twijfelachtig is of bij de adverteerder wel enige bekommernis om het algemeen belang en de voorlichting van het publiek aanwezig zijn. Zijn drijfveer is eigenbelang en daaraan maakt hij de publicatie van de testresultaten ondergeschikt. Als neveneffect blijkt dat door deze behartiging van zijn eigenbelang de nood van het publiek aan betrouwbare informatie wordt gediend, zodat het nooit tot een zuivere belangenafweging tussen die van de testorganisatie en die van het kopende publiek kan komen in verband met de reclame met de resultaten van het vergelijkend warenonderzoek. Steeds moet rekening worden gehouden met het optreden van de adverteerder. En, zoals WILL (105) laat opmerken, moet men bij deze belangenafweging het algemeen belang op de achtergrond stellen, omdat de adverteerder daar niet of slechts op een minieme wijze om bekommerd is. Informatie tot elke prijs is onaanvaardbaar.

d. De auteursrechtelijke bescherming van testberichten.

315. In de drie landen is voor de auteursrechtelijke bescherming als vereiste gesteld dat het werk, waarvoor men haar opeist, de stempel draagt van een persoonlijke, intellectuele activiteit en dus een zekere eigenheid en originaliteit bezit. Strengere eisen stelt de rechtspraak evenwel niet (106): uitspraken als "de

(104) Aldus ook WILL, o.c., blz. 86-87.

(105) WILL, o.c., blz. 88; Vgl. Corr. Luik, 21 febr. 1968, J.T., 1968, 205; STUYCK, o.c., III, nr. 341.

(106) België: o.a. Bb. Brussel, 4 mei 1904, Pas., 1904, III, 235, bescherming van een financieel jaarboek waarin een classement van bekende gegevens; Gent, 13 nov. 1902, Pas., 1903, II, 232, tarief van de kosten van notariële akten; Brussel, 25 juni 1968, Ing. Cons., 1968, 319, stadsplan; Brussel, 26 juni 1954, Ing. Cons., 1954, 121, noot VAN DER HAEGHEN, geen bescherming voor een kalender met voetbalontmoetingen. R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 74 en 86 met verwijzingen. .../...

rechtbanken zijn geen schoonheidscommissies" (107), bewijzen dit voldoende. Bij twijfel nopens het vervuld zijn der voorwaarden zal de rechtspraak dan ook steeds opteren voor de auteursrechtelijke bescherming (108).

Lijkt het volgens deze criteria vrijwel zeker dat een testbericht auteursrechtelijke bescherming zal genieten (109), dan rijst de vraag in welke mate het auteursrecht mogelijkheden biedt tot repressie van het gebruik van testberichten in de reclame, tegen de wil in der testorganisatie. Dit noopt tot enige beschouwingen over het expositie- en het reproductierecht van de auteur, zijn adaptatierecht, het recht van citaat en de morele rechten van de auteur.

316. Het publiek expositierecht.

De behandeling hiervan heeft tot doel na te gaan of hierdoor de tentoonstelling van het testbericht of van een kopie ervan kan worden beteugeld.

.../...

Duitsland: OLG Nürnberg, 11 jan. 1972, GRUR, 1972, 435, bescherming voor administratieve formulieren; ULMER, o.c., blz. 122 e.v.; HUBMANN, o.c., blz. 85-86; VON GAMM, o.c., blz. 173; FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 64 e.v.

Nederland: H.R., 1 nov. 1937, N.J., 1937, 1092, telefoongids; H.R., 17 april 1953, N.J., 1954, 211, noot D.J.V., radioprogrammablad; H.R., 27 jan. 1961, N.J., 1962, 355, noot H.B., radio-programmablad; H.R., 25 juni 1965, N.J., 1966, 116, noot H.B., idem, H.R., 14 juni 1968, N.J., 1968, 276, noot H.B., bankbiljet. DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 169; PFEFFER, Auteurswet, nr. 5 sub art. 10; KOMEN-VERKADE, Compendium van het auteursrecht, nr. 35 e.v.

(107) Rb. Brussel, 14 maart 1932, Pas., 1932, III, 120; VAN HECKE G., Overzicht van rechtspraak, T.P.R., 1965, 229 (235); Vgl. Brussel, 29 sept. 1965, Pas., 1966-II-220.

(108) R.P.D.B., Droit d'Auteur, nr. 12; POIRIER, o.c., Les Nouvelles, nr. 93; VON GAMM, o.c., blz. 181; HUBMANN, o.c., blz. 35; FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 63.

(109) Aldus: Corr. Nice, 25 nov. 1957, J.C.P., 1958-II-10532.

Het publiek expositierecht is het recht het auteursrechtelijk beschermd werk ter kennis van het publiek te brengen, op een wijze waarop dit er rechtstreeks mede in contact komt (110). Meestal echter wordt dit recht beperkt tot werken van de beeldende kunsten en vallen literaire werken er niet onder. Aldus in Duitsland waar § 15, 1,3 en 18 URG dit recht omschrijven als zijnde van toepassing op werken der beeldende kunst of werken waarbij gebruik wordt gemaakt van het procédé der diascopie (Lichtbildwerken). De Nederlandse auteurswet beperkt het expositierecht tot teken-, schilder-, bouw-, of beeldhouwwerk en werken der toegepaste kunst (art. 23). Het Belgische recht kent deze beperking tot plastisch auteurswerk niet, hier kan de tentoonstelling van een literair auteurswerk onder het expositierecht vallen, indien door dit tentoonstellen het werk aan het publiek wordt medege-deeld (111). Nochtans mag deze bescherming niet overdreven worden: immers, het expositierecht is niet verbonden aan de persoon van de auteur, maar aan de materiële vastlegging van het werk. Het expositierecht behoort aan "al wie eigenaar is van het corpus mechanicum van het originele auteurswerk ofwel van het reproductievoerwerp van het origineel". (112) De kopie moet echter met toestemming van de auteur zijn gemaakt. In België biedt het expositierecht dus slechts bescherming zo het tentoongestelde testbericht een niet

(110) VAN ISACKER, Exploitatatierechten, nr. 171, blz. 155-156; VON GAMM, o.c., blz. 355.

(111) VAN ISACKER, Exploitatatierechten, nr. 171, blz. 155-156.

(112) VAN ISACKER, Exploitatatierechten, nr. 172; R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 136; Rb. Brussel, 14 juli 1931, Pas., 1931, III, 161, Van de Woestijne; POIRIER, o.c., Les Nouvelles, nr. 324.

geautoriseerde kopie was van het originele. Daarom zal bij tentoonstelling van het testbericht best een beroep worden gedaan op het persoonlijkheidsrecht of op de morele rechten van de auteur om het tentoonstellen van een testbericht te doen verbieden en om een beroep van de adverteerder op het expositierecht, als eigenaar van het corpus mechanicum, tegen te gaan (113-114).

317. Het reproductierecht.

Het reproductierecht biedt bescherming tegen het maken van kopieën van het auteursrechtelijk beschermd werk, indien de toestemming van de auteur of zijn rechtverkrijgenden niet werd verleend (115). Het biedt ook bescherming tegen vermenigvuldiging in gewijzigde vorm (116). Voorafgaande vraag is echter of de auteur zich zijn

(113) HUBMANN, o.c., blz. 51-52. Volgens FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 117-118 volgt echter uit §12 URG dat voor de tentoonstelling van andere dan plastische auteursrechtelijk beschermde werken, de toestemming van de auteur vereist is. Daarbij vergeten deze auteurs echter te vermelden dat dit slechts zo is, indien de auteur op het ogenblik der tentoonstelling nog niet tot publicatie was overgegaan. In deze laatste betekenis: VON GAMM, o.c., blz. 355.

(114) Aldus zo door de wijze van exposeren van het corpus mechanicum, het moreel recht van de auteur zou zijn gekrenkt op respect voor zijn werk: R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 136; RECHT, o.c., blz. 78 en 135; POIRIER o.c., nr. 324. Vgl. von GAMM, o.c., blz. 356; FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 110-111; DE BEAUFFORT, o.c., blz. 131-132.

(115) Art. 16 Auteurswet; VAN ISACKER, Exploitatierchten, nr. 204-205 en 218; R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 133; Gent, 19 april 1967, R.W., 1966-67, 1912; POIRIER, o.c., nr. 97; HUBMANN, o.c., blz. 129-130; ULMER, o.c., blz. 190-191; VON GAMM, o.c., blz. 334 e.v.; FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 113 e.v. DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 194; H.R., 18 dec. 1953, N.J., 1954, 258.

(116) VAN ISACKER, Exploitatierchten, blz. 164; REMOUCHAMPS, o.c., nr. 86; Pres. Rb. Alkmaar, 16 febr. 1956, N.J., 1956, 635; Pres. Rb. Utrecht, 27 dec. 1958, N.J., 1958, 560; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 175; SPOOR, De twee betekenissen van het woord "vermenigvuldigen" in de auteurswet 1912, W.P.N.R., 1974, 5254, 165 (167-168); DE BEAUFFORT, o.c., blz. 117-118.

.../...

reproductierecht diende voor te behouden opdat hij erop aanspraak zou kunnen maken. In België is dit niet vereist: art. 14 der auteurswet is alleen toepasselijk op de dagbladpers en niet op de periodieke pers (117). In Nederland wordt een onderscheid gemaakt tussen binnen- en buitenlandse dagbladen en tijdschriften: uit binnenlandse bladen mogen artikelen slechts worden overgenomen zo geen voorbehoud werd gemaakt voor de overname, voor buitenlandse bladen is elke overname verboden, behalve indien het politieke artikelen, nieuwstijdingen en gemengde berichten in binnenlandse bladen betreft, of nieuwstijdingen en gemengde berichten indien het buitenlandse bladen betreft, waarvoor geen voorbehoud mogelijk is (118). In Duitsland regelt § 49 URG deze materie. Daarvolgens zijn commentaren in de radio en televisie, in dagbladen of andere informatiebladen over het dagelijkse nieuws, vrij voor overname door andere dagbladen en informatiebladen en voor verdere weergave, op voorwaarde dat het gaat over politieke, economische of godsdienstige aangelegenheden en geen voorbehoud van auteursrecht werd gemaakt (119).

.../...Omstreden in Duitsland: pro : HUBMANN, o.c., blz. 103; FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 113. Contra: VON GAMM, o.c., blz. 339 met verwijzing naar RG, 16 juni 1923, RGZ, 107, 62 (65-66) en RG, 5 april 1933, RGZ, 140, 231 (242).

(117) Pand. Belges, Droit d'auteur, nr. 162; POIRIER, Les Nouvelles, blz. 846-847; DUPLAT, o.c., blz. 53-54; VAN ISACKER, Exploitatatierechten, nr. 409 met verwijzing naar de parlementaire werkzaamheden; R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 79; REMOUCHAMPS, o.c., nr. 65, blz. 40.

(118) Art. 15, lid 2, Auteurswet. Vgl. WINK, o.c., blz. 37 e.v.; KOMEN-VERKADE, o.c., nr. 72 e.v.; DE BEAUFFORT, o.c., blz. 145 e.v.; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 187 e.v.

(119) Zie: FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 208 e.v.; VON GAMM, o.c., blz. 536 e.v.; HUBMANN, o.c., blz. 167.

Hieruit blijkt dat in België het voorbehoud overbodig is, in Nederland en Duitsland voorbehoud dient te zijn gemaakt om overname te beletten.

Heftig omstreden is of de auteur krachtens zijn reproductierecht aan derden zijn wil kan opdringen nopens het gebruik of de bestemming van deze reproductie. Een verbod tot gebruik in de reclame tot abonnees gericht behoort tot de inhoud van het abonentencontract en kan aldus afgedwongen worden. Maar zo de adverteerder het testtijdschrift kocht van een derde (een krantenverkoper bv.) is er geen contractuele relatie tussen testorganisatie en adverteerder ontstaan en is de verbodsbepaling niet afdwingbaar ex contractu. In zulke hypothese aanvaardt de Belgische rechtspraak de mogelijkheid van een beroep op het auteursrecht: de auteur of zijn rechtverkrijgende kunnen volgens deze de reproductie van het werk al dan niet toestaan en aan de reproductie beperkingen en voorwaarden opleggen (120).

In zijn uitvoerige kritiek op deze rechtspraak heeft VAN ISACKER (121) duidelijk aangetoond dat het Hof van beroep executierecht (het geschil liep over de publieke uitvoering van fonoplaten door de radio-omroep) en reproductierecht heeft verward. De mogelijkheid het gebruik te regelen dat wordt gemaakt van het corpus mechanicum, het voorwerp waarop het reproductierecht werd gematerialiseerd, behoort niet tot het reproductierecht. De auteur oefent immers zijn reproductierecht niet uit op het corpus mechanicum (i.c. de fonoplaat), maar op het werk als immateriële zelf-

(120) Cass., 9 jan. 1956, J.T., 1956, 821, noot L.VAN BUNNEN; R.W., 1956-57, 719; Brussel, 9 mei 1953, Ing.Cons., 1953, 193. Onduidelijk: R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 135; POIRIER, o.c., nr. 135. Zie voor Een Uitvoerig ontleiding: F.GOTZEN, Het bestemmingsrecht van de auteur, blz. 16-37.

(121) Exploitatierchten, nr. 209-222.

standigheid. Bepalingen omtrent het gebruik van het voorwerp van zijn reproductierecht dragen niet op het werk, maar wel op de drager ervan (122).

Reproducieren zonder enige nieuwe vermaterialisering van het werk is geen vorm van reproductie, maar van executie. Weliswaar is het juist, zoals het Hof van Cassatie stelt, dat de auteur of zijn rechtverkrijgende slechts machtiging tot dit reproducieren in een door hem bepaalde mate vermag te verlenen of het reproducieren afhankelijk mag stellen van zodanige voorwaarden als hij voorziet. Dan echter moet reproducieren in zijn normale betekenis worden gevat van verveelvoudiging van het werk, als immateriële zelfstandigheid, door neerlegging ervan in een nieuwe materiële drager. Zoniet wordt het reproductierecht van de auteur zo uitgebreid en zo zeer vervreemd van zijn normale betekenis, dat los

(122) Ibid., nr. 217-218. Contra F.GOTZEN, o.c., nr. 71-73, blz. 71-73 met de overweging dat het onderscheid tussen corpus mysticum en corpus mechanicum slechts een denktechniek is die sommige eigenheden van het auteursrecht beter toelaat te begrijpen, doch geen bindende kracht bezit om nieuwe gevolgtrekkingen te doen aanvaarden. De zwakte der Belgische rechtspraak is echter gelegen in het aannemen van een wijze van reproductie die geen vermaterialiseren op één of andere wijze inhoudt: "Overwegende dat het opvangen van het op platen opgenomen muziekwerk en de radio-uitzending ervan, om het even of er al dan niet een verdubbeling op een ander stoffelijke geleider plaats gehad heeft, een wijze van reproducering van voormeld werk uitmaken;" Welke zwakte F.GOTZEN niet aannemelijk maakt door te verklaren dat de zender het werk vertaalt in hertzgolven, de ontvanger ze hoorbaar maakt, en dat de zender dus het werk reproduceert: o.c., nr. 17, blz. 28. Maakt het menselijk gehoor dan ook een reproductie wanneer zij het werk in zenuwprikkels die gevoelens zullen oproepen, omzet ?

van elke handeling van verveelvoudiging, een reproductie kan geschieden die kan worden verboden of beperkt. Het reproductierecht kan dan ook worden gebruikt om vormen van gebruik van het reproductievoorwerp die niet dragen op de pecuniaire belangen van de auteur op zijn werk te weren en zou ook het executierecht volledig omvatten. Aan beide is een tot zijn normale proporties herleid reproductierecht echter vreemd: het omvat alleen de pecuniaire belangen van de auteur op zijn werk en is logisch te onderscheiden van het executierecht, dat verveelvoudiging in efemere vorm omvat. De reeds ruime betekenis die het Hof van Cassatie geeft aan de term reproductie wordt trouwens nog verruimd en de band met het reproductierecht wordt volledig losgelaten zo de auteur beschikkingen gaat treffen over een gebruik van het recht dat geen executie ervan inhoudt, doch een gebruik van het reproductievoorwerp dat als normaal kan gelden,

indien men abstractie maakt van de uitoefening van zijn bestemmingsrecht door de auteur. En hoe zal men het bestemmingsrecht van de auteur opvatten dat wordt uitgeoefend op werken waarvan de noodzaak van een auteursrechtelijke bescherming reeds kan betwijfeld worden, doch die slechts omwille van de zeer brede opvatting der rechtspraak over de notie auteursrechtelijk beschermd werk, als dusdanig worden erkend ?

318. Op grond van het publiek executierecht kan - behalve bij voorlezing in het publiek met reclamedoeleinden - geen beroep worden gedaan om reclame met vergelijkende warenonderzoeken te verbieden. Het executierecht dat de auteur zich kan voorbehouden of aan bepaalde modaliteiten onderwerpen, zelfs zo de executie gebeurt op basis van een corpus mechanicum, veronderstelt "een nieuwe produktie van het werk in een niet bestendig-vermateria-

liseerde vorm, dus op efemere wijze." (123)

319. In Duitsland is dit geval uitdrukkelijk voorzien door § 17,2 URG dat de zgn. Erschöpfungsgrundsatz formuleert: de regel dat, zo het origineel of de verveelvoudigingen van een auteursrechtelijk beschermd werk door de daartoe gerechtigde persoon door overdracht in het verkeer werden gebracht, de verdere verbreiding van origineel of verveelvoudigingen aan elkeen is toegestaan. De koper van een testtijdschrift kan er met andere woorden mee doen wat hem belieft: verder geven, lezen, laten liggen of vernietigen (124).

WILL (125) die deze vraag grondig onderzoekt, meent dat de Erschöpfungsgrundsatz volgens de concrete omstandigheden in ruimere of engere mate uitwerking heeft, waarbij wordt gesteld dat dit principe slechts geldt "innerhalb des bestimmungsgemässen Verbraucherkreises." Gebeurt de verdere verbreiding niet daarbinnen dan heeft de auteur door de publicatie zijn reproductierecht niet uitgeput. Zo zou het verdergeven van testberichten aan vrienden en huisgenoten wel binnen het raam van de normale gebruikersgroep waartoe men zich richt, behoren, evenals het gratis verdelen van testberichten aan klanten, omdat de auteur hierbij financieel geen schade lijdt, en het hem onverschillig moet zijn van wie hij de vergoeding per verkocht exemplaar kan opstrijken. Waar het echter gaat om het ophangen en tentoonstellen van originele testberichten biedt

(123) VAN ISACKER, Exploitatierchten, blz. 239.

(124) WILL, o.c., blz. 37; HUBMANN, o.c., blz. 132-133; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 343, voetnoot 372; FROMM-NORDEWANN, o.c., blz. 116-117; VON GAMM, o.c., blz. 321.

(125) WILL, o.c., blz. 38-41. Vgl. VON GAMM, o.c., blz. 350 e.v.; HUBMANN, o.c., blz. 124 (1e druk).

de beperking der verspreiding binnen de normale verbruikerskring een oplossing, vermits deze wijze van adverteren ertoe strekt zo veel mogelijk mensen te bereiken, zonder dat de auteur daarvoor een vergoeding ontvangt.

Een eerste kritiek hierop komt van WILL zelf. Het is inderdaad zo dat de motivering van het bovenstaande betoog uitsluitend op financiële overwegingen steunt, terwijl de werkelijke reden waarom de verbruikersvereniging tegen dergelijke praktijken ageert, haar schade in haar reputatie is. Daarvoor lijkt de Erschöpfungsgrundsatz en zijn beperkingen minder geschikt en meent hij dat een beroep op het moreel recht van de auteur alleen, baat zal moeten brengen.

Er is echter ook de theorie van de "bestimmungsmässige Verbraucherskreis" die geen stand kan houden (126). Immers krachtens de duidelijke tekst van § 17,2 URG lijkt een beperking van het recht van verdere verspreiding tot een bepaalde kring van personen onaanvaardbaar. Het URG zelf kent slechts twee uitzonderingen op de Erschöpfungsgrundsatz welke zeer duidelijk aldus worden omschreven, namelijk § 26 over het volgrecht en § 27 over de vergoeding bij verhuring van exemplaren van het werk (Vermietungstantième). Beiden hebben hun motivering in de financiële belangen van de auteur bij de exploitatie van zijn werk. Daaruit blijkt ook dat § 17,2 URG absoluut geldt voor zover de wet zelf geen uitzondering maakt en dat de motivering van de Erschöpfungsgrundsatz en zijn uitzonderingen steunt op overwegingen van een zo efficiënt mogelijke exploitatie vanwege de auteur van zijn werk, anderzijds op overwegingen van een ongestoorde uitoefening van het eigen-

(126) Aldus: HUBMANN, o.c., blz. 133 (2e druk).

domsrecht op de materiële drager van het werk in hoofde van de rechtmatige bezitter daarvan. De ratio legis en het doel waarvoor men deze wetgeving zou willen inzetten - namelijk het weren van een krenking der goodwill - verschillen dus essentieel (127). Slechts zo de verdereverbreiding van het werk bij middel van het reproductievoorwerp waarin het is neergelegd, tegen de morele rechten van de auteur zou ingaan, zou deze zich tegen een bepaald gebruik dat van zijn werk wordt gemaakt, kunnen weren: de Erschöpfungsgrundsatz betreft slechts de exploitatierechten van de auteur en laat zijn morele rechten onaangeroerd, voor zover daaruit geen rechten worden afgeleid die de beschikking van de eigenaar van het reproductievoorwerp over de eigendom van dit voorwerp zelf zouden inperken.

320. In Nederland heeft men getracht onder beroep op het recht van de auteur om vrij te beslissen over de openbaarmaking van zijn werk, een bepaald gebruik van het corpus mechanicum na de verschijning ervan als verdere openbaarmaking te verbieden. Na de eerste openbaarmaking zou dus een verdere openbaarmaking mogelijk zijn, welke behoudens toestemming van de auteur onrechtmatig zou zijn. Vooral ter verhindering van de opname van tijdschriften in leesportefeuilles, heeft het uitgeversbedrijf getracht, een verbod daarvan te bekomen, door een clause van verbod van opname in leesportefeuilles in de tijdschriften af te drukken en zich daarbij te beroepen op art. 12 der Auteurswet.

(127) Zie de aangehaalde voorbeelden bij WILL, o.c., blz. 41 en bij HUBMANN, o.c., blz. 133. Contra: VON GAMM, o.c., blz. 351.

De rechtspraak heeft echter geweigerd aan dergelijke verbodsclausules enig effect toe te kennen. Daartoe werd overwogen dat voor tijdschriften het in druk doen verschijnen en het ter beschikking stellen aan het publiek van verveelvoudigingen, de openbaarmaking uitmaakt. Na de verwerving van de verveelvoudiging kan de bezitter van het tijdschrift daarmee naar believen handelen. Ook kent de wet geen onderscheid naar de omvang waarin openbaarmaking kan gebeuren (128). Daar de auteur zich na de publicatie niet meer kan verzetten tegen een gebruik van het corpus mechanicum dat zijn morele rechten niet krenkt (129), kan deze clausule dan ook geen uitwerking hebben.

Daartegen heeft HIRSCH BALLIN (130) opgeworpen dat openbaar maken zowel het doen verschijnen in de openbaarheid als het in de openbaarheid houden omvat, welke tweede betekenis door de rechtspraak zou worden miskend. W.b. het doen verschijnen in de openbaarheid aanvaardt de Hoge Raad dat de auteur een beperking der kennisnemen kan bedingen (131), w.b. het in de openbaarheid houden, niet. Dergelijke opvatting is niet aangewezen, gezien het belang dat auteurs en uitgevers hebben bij de niet-opname van tijdschriften in lezersportefeuilles. Deze opvatting stoelt op een te ruime opvatting van het recht het werk openbaar te maken en het recht tot inkeer. Het recht tot openbaarmaking (divulgiatierecht) is

(128) Rb. Amsterdam, 21 maart 1950, N.J., 1950, 547; Rb. 's Gravenhage, 7 nov. 1949, N.J., 1950, 514; H.R., 25 jan. 1952, N.J., 1952, 95 met het arrest a quo en de concl. EGGENS, Leesportefeuille; Hof Amsterdam, 8 jan. 1953, N.J., 1953, 714; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 179.

(129) Vgl. GERBRANDY, a.c., N.J.B., 1964, 989 (997); PFEFFER-GERBRANDY, o.c., blz. 126.

(130) HIRSCH-BALLIN, Het uitsluitend recht tot openbaarmaking van een werk, Auteursrechtelijke Opstellen, blz. 123 (126 e.v.).

(131) H.R., 18 dec. 1953, N.J., 1953, N.J., 1954, 258.

uitgeput met de eerste openbaarmaking van het werk (132), terwijl het recht tot inkeer waarbij in deze opvatting wordt aangeleund, zich niet uitstrekt tot het corpus mechanicum waarin het werk werd vastgelegd (133). Het recht te beschikken over het in de openbaarheid houden van het werk, als een uiting van het recht tot inkeer, kan dus geen controle over het gebruik van het reproductievoorwerp inhouden. Zoniet kon een auteur verhinderen dat van een werk dat hij als een jeugdzonde beschouwt, en dat vroeger op grote schaal werd verspreid, nog kennis zou genomen worden door de eigenaars van een corpus mechanicum.

321. De bewerking, de adaptatie en de vertaling.

De bewerking of de vertaling van een werk met het oogmerk deze te publiceren, verveelvoudigen, verspreiden of op te voeren, vereist de toestemming van de auteur of van zijn rechtverkrijgende (134).

Indien deze bewerking of vertaling aan de gestelde vereisten voldoet, dan is zij evenzeer als het oorspronkelijke werk, auteursrechtelijk beschermd (135). Dit zijn twee onomstreden principes waarvan wij voor de toepassing op de reclame met testberichten kunnen uitgaan. Ook moet de titel en de auteur van het oorspronkelijke werk worden aangegeven (136). Biedt het auteursrecht van de oorspronkelijke auteur hier de testorganisatie vooral bescherming tegen overname door andere testorganisaties, toch is het denkbaar

(132) VAN ISACKER, Morele rechten, nr. 77 en Exploitatierchten, nr. 11.

(133) VAN ISACKER, Morele rechten, nr. 103, blz. 115 en Exploitatierchten, nr. 219, blz. 201-202.

(134) Art. 12 en 15 tot 17 auteurswet; § 23 URG; art. 10, 1 NL. auteurswet; art. 12 Unieconventie. REMOUCHAMPS, o.c., nr. 70; RENAULD, Droit d'auteur et contrat d'adaptation, blz. 100 e.v. en 267 e.v., POIRIER, o.c., nr. 131; KOMEN-VERKADE, o.c., blz. 41; WINK, o.c., blz. 31.

(135) Art. 1 auteurswet; § 3 URG; art. 10, in fine NL. auteurswet; art. 2, 3, Unieconventie; RENAULD, o.c., blz. 30 e.v.; POIRIER, o.c., nr. 127; VAN ISACKER, Exploitatierchten, blz. 266; R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 83; WINK, o.c., blz. 29; DE BEAUFORT, o.c., blz. 104.

(136) RENAULD, o.c., blz. 188 en 232; POIRIER, o.c., nr. 133;

dat de testorganisaties tegenover adverteerders met een beroep op hun auteursrecht bewerkingen en vertalingen kunnen verbieden. Er weze echter opgemerkt dat het publiceren van uitgekozen delen van een werk geen bewerking uitmaakt evenmin als de loutere interpretatie ervan (137), of het citeren uit een werk. Op het recht van citaat na, dienen zulke letterlijke uittreksels of interpretaties als weergaven van het oorspronkelijke werk te worden beoordeeld en vereisen zij eventueel toestemming van de auteur, zoniet vormen zij een inbreuk op zijn auteursrecht (138). De adaptatie mag ook, zelfs wanneer zij door de auteur van het oorspronkelijke werk werd toegestaan, geen inbreuk op zijn morele rechten uitmaken, door een ~~verminking~~ vermindering, vervorming of andere krenking van het oorspronkelijke werk (139).

322. Het recht van citaat.

Geen bewerking is het citeren uit een testbericht, het letterlijk overnemen van gedeelten eruit. Dit is binnen zekere perken vrij. In België is het recht van citaat afhankelijk van het doel de gekozen tekstgedeelten te gebruiken voor kritiek, polemieken of onderwijs (140). Dit recht wordt dus gemotiveerd door de noodzaak de vrijheid van meningsuiting, de persvrijheid en de vrijheid van

.../... VAN ISACKER, Exploitatierchten, nr.300; HUBMANN, o.c., blz.164; FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 134. Vgl. VON GAMM, o.c., blz. 614, die stelt dat § 3 URG steunt op § 13 URG (het persoonlijkheidsrecht van de auteur zijn auteursnaam aan te brengen); DE BEAUFORT, o.c., blz. 107.

(137) FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 74-75; VON GAMM, o.c., blz. 219; BGH, 23 juni 1961, GRUR, 1961, 630, Fernsprechbuch. Vgl. RENAULD, o.c., blz. 169 e.v.; POIRIER, o.c., nr. 133 i.v.m. een opera; Rb. Doornik, 7 mei 1907, P.F., 1907, 1077; KOMEN-VERKADE, o.c., nr.40 en 58.

(138) HUBMANN, o.c., blz.104; VON GAMM, o.c., blz.380: krenking van de in § 15 URG neergeschreven exploitatierchten, niet van 23 URG.

(139) POIRIER, o.c., nr. 88; VAN ISACKER, Morele rechten, nr.162 e.v.; RENAULD, o.c., blz. 232 en Rb. Brussel, 4 jan. 1964, J.T., 1964, 399. Vgl. Rb. Utrecht, 24 mei 1961, N.J., 1962, 216, schade-loosstelling wegens morele schade toegekend aan Françoise Sagan, gezien de grove wijze waarop plagiaat op haar werk "un certain sourire" werd gepleegd.

(140) Art. 13 auteurswet.

onderwijs niet te belemmeren, door een verbod naar de opvattingen, onderzoeks- of kennisresultaten door een auteur in een auteursrechtelijk beschermd werk neergelegd, te verwijzen ten bewijze of ter verduidelijking van het eigen standpunt van de citerende of ter illustratie van het werk zelf waaruit men citeert (141). Dit doel bepaalt de toegelaten omvang van het citaat: aldus is de opname van een volledig gedicht uit een bundel in een krantenbespreking of een bloemlezing voor schoolgebruik toegestaan (142). Bij het citeren mag niet uit het oog worden verloren dat een gebruik van het citaat, dat ingaat tegen het respect verschuldigt aan het werk, wegens inbreuk op het moreel recht van de auteur kan verboden worden (143). Omwille van de doelgerichtheid van het recht van citaat en de mogelijkheden geboden door een beroep op de morele rechten, lijkt een beroep vanwege de adverteerder op het citaatrecht onmogelijk.

Nochtans rijst de vraag of de adverteerder zich desgevallend niet op het citeren met als doel kritiek, polemieek of onderwijs zou kunnen beroepen. M.a.w. kan een adverteerder in zijn reclame citeren uit auteursrechtelijk beschermde werken en dit rechtvaardigen door het onderricht der verbruikers als doelstelling in te roepen.

(141) Zie voor wat betreft deze laatste bedoeling: Rb. Antwerpen, 25 sept. 1965, R.W., 1967-68, 1543, noot I, bev. Brussel, 16 sept. 1966, R.W., 1967-68, 1542, Vierspan.

(142) Zie vorige noot. Adde: Brussel, 20 juni 1949, Pas., 1949, II, 40, Zuid en Noord; POIRIER, o.c., nr. 561; VAN ISACKER, Exploitationen rechten, nr. 388; RENOUCAMPS, o.c., nr. 61, blz. 58; Pand. Belges, Droit d'auteur, nr. 128.

(143) Aldus voor het gebruik in de reclame: Trib. Seine, 26 jan. 1909, Ann. Prop. Ind. Art. Lit., 1910, 105. Vgl. R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 78. Vgl. LG Düsseldorf, 30 okt. 1969, BB, 1971, 237.

Zeker is dit uitgesloten zo door het citeren een inbreuk op art.20 WHP zou worden begaan. Is het citeren echter beperkt tot het overnemen van lof of de eigen onderneming en haar activiteiten of kritiek op geciteerde oordelen over de eigen onderneming en haar activiteiten, wordt de vraag toegespitst op het doel der in concreto gevoerde reclame en op het wezen der reclame zelf. Indien het duidelijk is dat het om reclame gaat is het manifest dat niet of niet op de eerste plaats de bedoeling voorzat kritiek, polemieek of onderricht te leveren en met dit doel te citeren (144). De grondwettelijke fundering van het recht op citaat kan in zulk geval niet worden ingeroepen: integendeel, bij een belangenafweging zal juist duidelijk blijken dat het belang van de testorganisatie als auteur en voorlichtingsinstantie van het publiek zwaarder dient te wegen dan het belang van de adverteerder, die, wanneer hij zich terecht wil teweerstellen en daarbij de meningsvormende waarde van kritiek, polemieek en onderricht voldoende wil in acht nemen, kan reageren door via uitoefening van zijn recht op antwoord of de publicatie van een bekomen vonnis, de verkeerde voorstelling van het testbericht in het tijdschrift recht te zetten. Er is bovendien het argument dat het recht van citaat, als beperking van de exploitatierechten van de auteur, eng moet worden uitgelegd: "... en matière de droits d'auteur ... tout ce qui n'est pas autorisé est interdit."(145)

Ook op het informatief citaatrecht, ingesteld bij W. 11 maart 1958 kan de adverteerder zich om hogervermelde redenen niet beroepen. VAN ISACKER (146) geeft de rechter tot taak na te gaan "... of er

(144) Vgl. G. VAN HECKE, noot sub Voorz. Kooph. Brussel, 26 febr. 1948, J.T., 1948, 409 (412).

(145) BRUSSEL, 9 mei 1953, Ing. Cons., 1953, 193. Vgl. Rb. Antwerpen, 25 nov. 1965 en Brussel, 16 nov. 1966, R.W., 1967-68, 1452-43, noot I. Vierspan; VAN ISACKER, Exploitatierechten, nr. 384, blz. 375.

(146) Exploitatierechten, nr. 394. Vgl. VAN ISACKER, De lege ferenda in verband met het citaatrecht in Nederland en België, R.W., 1961-62, 2189 (2193-94).

werd geciteerd met een werkelijke en ondubbelzinnige, eerlijke bedoeling, beantwoordend aan de noodzakelijkheid van een gezonde informatie." Aan deze eis kan de adverteerder onmogelijk voldoen.

323. In Duitsland regelt § 51 URG het citaatrecht. Dit laat veelvoudiging, verspreiding en openbare uit- of opvoering toe van gepubliceerde werkgedeelten of werken in een zelfstandig wetenschappelijk werk ter verduidelijking van dezes inhoud (Grosszitat) of van passages uit een uitgegeven werk in een zelfstandig, bij middel van de gesproken taal veruiterlijkt werk (Kleinzitat). Voor beide geldt dat de omvang van het citaat door het doel waartoe wordt geciteerd wordt bepaald. Dit doel van het citaat wordt voor het Grosszitat beperkt tot het verduidelijken van de inhoud van het werk waarin het aangehaalde werk wordt geciteerd; voor het Kleinzitat is elke binnen het kader van een citaat liggende doelnastreving toegelaten, als een uiteenzetting van de eigen of aan anderen toegeschreven voorstelling van zaken, als kritische uiteenzetting, hulpmiddel of uiteenzettingsbasis ter verduidelijking van het beweerde (147). Tussen geciteerd werk en citerend werk dient een verband te bestaan in die zin, dat het doel waartoe wordt geciteerd, de uiteenzetting van de aangehaalde idee en de gedeeltelijke of algehele werkweergave vereist (148). Bovendien moeten beide werken of auteursrechtelijke bescherming kunnen aanspraak maken (149) en dient de bron waaruit wordt geciteerd duidelijk te worden aangegeven (150).

(147) VON GAMM, o.c., blz. 547; BGH, 17 okt. 1958, GRUR, 1959, 197, noot ULMER, Verkehrskinderlied; FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 213; WEBER, a.c., NJW, 1968, 1364 (1366); OEKONOMIDIS, Die Grenzen der Zitierfreiheit nach deutschen Recht, UFITA, 57 (1970), 179 (180-181).

(148) BGH, 3 april 1968, GRUR, 1968, 607 (610), noot FROMM, Kandinsky; OEKONOMIDIS, a.c., UFITA, 57 (1970), 179 (182).

(149) VON GAMM, o.c., blz. 548; ULMER, o.c., blz. 241.

(150) Aldus § 63,1 URG.

Hieruit blijkt allereerst dat de reclame waarin wordt geciteerd op auteursrechtelijke bescherming moet kunnen aanspraak maken volgens § 2 URG, waartoe originaliteit of speciale vormkenmerken alleen, onvoldoende geacht worden (151). Verder dat het Grosszitat, gezien de vereiste citeerdoelstelling en het vereiste wetenschappelijk karakter van het citerend werk, voor reclame niet in aanmerking kan komen. De eis van wetenschappelijkheid moet, gezien de inbreuk die § 51 URG uitmaakt op de exploitatierechten van de auteur, eng worden uitgelegd (152).

Op het recht van Kleinzitat kan de adverteerder evenmin een beroep doen. Vereist is dat de citaten zelf als auteursrechtelijk beschermbare werkgedeelten zouden kunnen worden aangemerkt (153), terwijl dit slechts zelden het geval zal zijn (154). Ook mag het citaat niet te lang zijn (155) en geen vervangingsmiddel of concurrentie inhouden voor een onmiddellijke exploitatie van het benutte werk (156), wat bij overname van gedeelten der eindbeoordeling van testberichten, zonder de toestemming van de testorganisatie, snel moet worden aanvaard. Bij het citeren dienen de morele rechten der testorganisatie als auteur te worden in acht

(151) BGH, 20 sept. 1954, NJW, 1955, 1753, Werbeidee (Matern); BGH, 15 nov. 1960, GRUR, 1961, 85 (86), Pfiffikus-Dose.

(152) VON GAMM, o.c., blz. 545 en 513; HUBMANN, o.c., blz. 162-163; FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 213; ULMER, o.c., blz. 267; KG, 13 jan. 1970, GRUR, 1970, 616 (617), Eintänzer. Vgl. OEKONOMIDIS, a.c., UFITA, 57 (1970), 179 (184-185).

(153) VON GAMM, o.c., blz. 548.

(154) WILL, o.c., blz. 62.

(155) Hoe lang wel is een feitenkwestie: VON GAMM, o.c., blz. 552; WILL, o.c., blz. 61; FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 216.

(156) BGH, 17 okt. 1958, GRUR, 1959, 197 (198), noot ULMER, Verkehrskinderlied; VON GAMM, o.c., blz. 547, 550 en 552; het citaat dient in verhouding tot het geheel waarin het werd opgenomen, een ondergeschikte rol te spelen: FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 213.

genomen, zo het om een auteursrechtelijk beschermd werk gaat (157), terwijl ook op het fundamentele persoonlijkheidsrecht, zelfs zo het niet om een Kleinzitat in de zin van § 51,2 URG gaat, dient te worden gelet (158). Gezien de eigen aard van het citaatrecht, de steeds geboden enge uitlegging van dit recht (159), is het citeren of aanhalen van passages met re-clamedoeleinden niet geoorloofd, aangezien het citeren hier niet de uiteenzetting van en de fundering van de eigen gedachten dient, doch de ideële prestatie van het testbericht hier voor eigen commerciële en concurrentiële positieverbetering wordt benut (160).

324. In Nederland werd bij de W. 27 oktober 1972 het recht van overname van gehele of gedeelten van werken of de aanhaling van gedeelten van werken (art. 16 auteurswet) ingrijpend gewijzigd. Overlopen wij even de mogelijk toepasselijke artikelen.

Art. 16, lid a is niet toepasselijk op advertenties met citaten uit testberichten, daar het overnemen er beperkt wordt door de vereiste doelstelling kennelijk te dienen voor het onderwijs of een ander wetenschappelijk doel, en reclame daaronder niet kan vallen. Art. 16, lid b is mogelijk wel van toepassing, daar het de aanhaling van stukken uit reeds eerder openbaar gemaakte geschriften, muziekwerken, het opnemen van verveelvoudigingen van reeds eerder openbaar gemaakte werken van beeldende kunst in het verband van de tekst van een aankondiging of een beoordeling, of van een polemieek of wetenschappelijke verhandeling, niet als een inbreuk op het auteursrecht van de aangehaalde auteur beschouwt.

(157) WILL, o.c., blz. 62; FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 214-215; OEKONOMIDIS, a.c., UFITA, 57 (1970), 179 (185).

(158) VON GAMM, o.c., blz. 546 en 123.

(159) Vgl. DE BOOR H.O., *Gesetzesauslegung und Technik im Urheberrecht*, Festschrift für Hans Niedermeyer, blz. 31 (40); LEINVEBER, *Nochmals: der urheberrechtliche Fall "Kandinsky"*, GRUR, 1969, 130, met verwijzingen.

(160) WEBER, a.c., NJW, 1968, 1364 (1366).

Voorwaarde is echter dat aantal en omvang van de aanhalingen blijven binnen de grenzen van hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijze is geoorloofd, de morele rechten van de auteur worden ontzien en de auteur van het geciteerde werk wordt vermeld, zo hij in of op het geciteerde werk werd aangeduid.

Art. 16a is niet toepasselijk daar het doel der korte opname, weergave of mededeling, berichtgeving over de actualiteit dient te zijn en de weergave van het werk noodzakelijk moet zijn voor een goed rapporteren over het gebeurde.

Volgens VAN ISACKER (161) zou onder de term "aankondiging" in art. 16, lid b der auteurswet zelfs een advertentie vallen, waarin dan zou kunnen worden geciteerd uit auteursrechtelijk beschermde werken. Dit standpunt is echter niet houdbaar, omdat de Nederlandse rechtspraak dit begrip veel enger heeft omschreven, terwijl ook over de eigen specifieke betekenis van deze term geen twijfel kan bestaan.

De Hoge Raad stelde inderdaad dat onder aankondiging in art. 16 moet worden verstaan: het door het middel van nieuwsbladen en tijdschriften (aangezien deze beperking uit art. 16 lid b verdween, thans niet meer beperkt tot deze twee media, maar thans ruimer en ook radio, televisie omvattend (162) de lezers (thans: het publiek, aangezien geen beperking meer naar het medium) bekendheid geven aan het door een ander openbaar gemaakt werk; evenwel op zodanige wijze dat daardoor het auteursrecht van deze andere persoon niet nodeloos wordt gekrenkt, waaruit volgt dat het bekend maken moet gericht zijn op het wekken van belangstelling voor het openbaar gemaakte werk van de auteur en daarom geenszins

(161) VAN ISACKER, a.c., R.W., 1961-62, 2189 (2194).

(162) Aarzeland omtrent de draagwijdte der nieuwe tekst op dit gebied: COHEN JEHOAM, a.c., N.J.B., 1973, 525 (534-535). KOMEN-VERKADE c.c., nr. 78 steunen hun brede interpretatie op de ratio legis.

aldus moet geschieden, dat niet blijkt dat kennisneming van het werk voor het aangesproken publiek verder enig belang kan hebben (163). De Raad stelde verder dat bronvermelding alleen, het artikel of stuk nog niet tot een aankondiging maakt (164).

Er is verder de specifieke betekenis van het woord aankondiging dat niet alleen het doen weten, de bekendmaking behelst, maar tevens het bericht beduidt "waardoor men aankondigt, meest van boekwerken die nog niet uitgekomen of wel reeds verschenen zijn".

(165) Het is naar deze laatste betekenis dat de Hoge Raad zeer uitdrukkelijk verwijst. Overigens ligt deze specifieke betekenis veel meer in de lijn van de ganse opzet van het artikel, waarbij niet mag uit het oog verloren worden dat aan het citaatrecht ten gronde ligt de eis dat de tekst van de beoordeling, de aankondiging, de polemieken of de wetenschappelijke verhandeling een nieuw, autonoom auteursrechtelijk beschermbaar werk moet zijn (166) wat met advertenties of louter informatieve stukken moeilijk het geval kan zijn. Daar het recht van citaat een inbreuk uitmaakt op de exploitatierechten van de auteur, dient men bij

(163) Vgl. KOMEN-VERKADE, o.c., nr. 78 die een bona-fide bedoeling van aankondigen of beoordelen eisen en een "reële, niet maskerende context" waarin wordt geciteerd. Vgl. Hof 's Gravenhage, 10 nov. 1913, N.J., 1914, 1133 (1134); DE BEAUFORT, o.c., blz. 155.

(164) H.R., 2 nov. 1942, N.J., 1943, 5. Vgl. omtrent dit laatste punt: Rb. Amsterdam, 21 juni 1916, N.J., 1916, 1308.

(165) VAN DALE, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 1961. VERSCHUEREN, Modern Woordenboek, 5e druk, kent deze betekenis echter niet en geeft als synoniem advertentie aan. Nederlandse juridische tijdschriften gebruiken echter algemeen de term aankondiging voor wat wij, Vlamingen, boekbespreking noemen. Zie ook DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 189, die als voorbeeld "boekbesprekingen e.d." aanhaalt.

(166) Zie de Memorie van Toelichting: "Aanhaalen" geschiedt hierdoor, dat hij die aanhaalt stukken van werken van andere auteurs in het verband van zijn eigen tekst inlast, zodat die stukken feitelijk een deel van dat nieuwe werk gaan uitmaken. Geciteerd naar M.BARTELS, Auteurswet 1912, sub art. 16, cursivering der twee laatste woorden toegevoegd.

twijfel voor een limitatieve interpretatie te kiezen en de advertentie niet onder de term aankondiging te begrijpen.

Daartegen gaat gedeeltelijk in de uitspraak van Rb. 's Gravenhage, 29 december 1971 (167). De rechtbank kreeg te beoordelen de rechtmatigheid van afbeeldingen van schilderijen in een catalogus met de mededeling dat men grote reproducties ervan kon kopen. Het College achtte deze afbeeldingen toelaatbare aankondigingen in de zin van het artikel. De als voorpagina van de catalogus gebruikte afbeelding van het schilderij "Portugese vissers" van René Margotton, achtte de rechtbank onrechtmatig, omdat de wijze en het formaat van het afdrukken der afbeelding de bedoeling duidelijk maakte, hierdoor de catalogus te versieren en aantrekkelijk te maken. Allereerst moet s.r. de onduidelijkheid in de motivering van het vonnis worden betreurd. De rechtbank sprak zich niet uit over de mogelijke auteursrechtelijke bescherming van de catalogus, en ook niet duidelijk over de noodzaak van de opname van kleine afbeeldingen als deel van de aankondiging met het doel aan te zetten tot het aankopen van reproducties en aldus kennis te laten nemen van het werk als immateriële zelfstandigheid.

Ook miskent de uitspraak de wettelijke eis van art. 16 (oud) Auteurswet, dat het om aanhalingen in nieuwsbladen en tijdschriften moet gaan, waaraan een catalogus omwille van het gebrek aan periodiciteit niet voldoet. Door de nadruk te leggen op het kleine formaat van de afbeeldingen kwam de rechtbank weliswaar tegemoet aan de eis dat het citaat geen concurrentie mag betekenen voor de kennisname met het oorspronkelijke werk. Of nochtans de afbeeldingen gericht waren op het bekendmaken van het oorspronkelijke werk, zoals het naar voor treedt uit de geadverteerde reproducties, mag betwijfeld worden. Veeleer beoogde de adverteer-

der zoveel mogelijk van deze reproducties te verkopen. Daarom is de precisering in de nieuwe redactie van art. 16 dat het citaat in het verband van de tekst van een aankondiging slechts geoorloofd is, zo nuttig. In de hier besproken zaak bestond deze tekst uit niet meer dan de aanduiding van kunstenaar en titel en enkele gegevens nuttig voor de bestelling van de reproducties: klaarblijkelijk onvoldoende als aanhaling van het werk met de bedoeling de kennismemer van de catalogus ertoe aan te zetten van het werk kennis te nemen via de reproductie ervan.

Wat betreft het schilderij van René Margotton oordeelt de rechtbank daarentegen zeer juist. Uit het grote formaat van de afbeelding en de wijze van afdrucken leidt zij af dat hier het reproductierecht was tekort gedaan. Het publiek had de geautoriseerde reproductie niet meer nodig om kennis te nemen van het werk als immateriële substantie, doch kon dit via de afbeelding van de catalogus. Dat de rechtbank zich baseert op het doel de catalogus aantrekkelijk te maken en te versieren, wijst in deze richting: namelijk dat de grenzen van het overgedragen reproductierecht overschreden werden en de exploitatierechten van de auteur werden tekort gedaan.

Bovendien verwerpt de rechtbank daardoor het citaatrecht als loutere doelstelling op zichzelf of in concurrentie met het oorspronkelijke werk of zijn geautoriseerde reproducties. Ook een citaat met als doel reclame, wordt impliciet verworpen, in zoverre de uitspraak het aantrekkelijk maken van de catalogus door de afbeelding laakt.

325. Het moreel recht van de auteur.

Het moreel recht van de auteur omvat het geheel van persoonlijkheidsgebonden verhoudingen van de auteur tot zijn werk, naast zijn exploitatierechten. Wetgeving en rechtspraak omschrijven dit als

het recht het vaderschap over het werk op te eisen, zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van het werk, tegen elke andere aantasting ervan die de auteur zou kunnen schaden in zijn eer en zijn goede naam (168). De auteur beslist vrij of hij zijn werk zal publiek maken en hoe dit zal gebeuren, zolang geen publicatie plaats greep is hij de enige beschikker over zijn werk, na de publicatie ervan heeft hij het recht zich van zijn werk te distanciëren (recht tot inkeer).

Het moreel recht van de auteur bestaat op elk werk dat auteursrechtelijke bescherming geniet, ongeacht de mate waarin zijn persoonlijkheid in het werk tot uitdrukking komt. Het recht is niet verbonden aan het kunstkarakter, de scheppende waarde van het werk. Hoe bevreemdend het ook mag voorkomen, de auteur van een hoogst persoonlijke roman of schilderij heeft principieel niet meer morele rechten op zijn werk als de maker van een compilatie of een werk van toegepaste kunst dat meerdere, reeds bekende vormen omvat (169). Wie echter deze morele rechten zal uitoefenen vormt een probleem indien zij door de testorganisatie zouden worden ingeroepen om reclame met haar onderzoeken te weren. Zij is immers een rechtspersoon, onbekwaam tot persoonlijke schepping, terwijl het de vaste gewoonte is dat de verschillende auteurs van testberichten niet worden bekend gemaakt.

(168) Aldus art. 6 bis Unieconventie.

(169) Vgl. WILL, o.c., blz. 48. Omwille van deze als een anomalie aangevoelde toestand zijn stemmen opgegaan voor een speciale regeling van het auteursrecht op werken met een geringe scheppende eigen aard. Zie daarover bv. SCHRAUBE, Der Schutz der "Kleinen Münze" im Urheberrecht, UFITA, Bd. 61 (1971), 127 e.v. In de nieuwe redactie van art. 25 Nl. Auteurswet heeft men echter het moreel recht uitgebreid tot werken van op nijverheid toegepaste kunst: COHEN JEHOORAM, a.c., N.J.B., 1973, 525 (541-542).

~~Twee hypothesen zijn te onderscheiden: ofwel bestaat er een~~
dienstverband tussen de auteur en de testorganisatie, waarmee
kan worden gelijkgesteld het geval voorzien in art. 8 Nl. Auteurs-
wet, dat een rechtspersoon een werk als van hem afkomstig, op
rechtmatige wijze openbaar maakt, zonder dat daarbij een natuur-
lijk persoon als auteur wordt aangeduid; ofwel kan het zo zijn
dat, buiten het bestaan van enig verband van ondergeschiktheid
tussen testorganisatie en auteur, de testorganisatie louter als
uitgeefster optreedt en het auteursrecht uitoefent in plaats van
de werkelijke auteur die anoniem wenst te blijven (170).

De eerste hypothese is natuurlijk de meest voorkomende. Wat be-
treft het aangemerkt worden als auteur van de werkgever, voorziet
de Belgische rechtspraak, bij stilzwijgen der wet, dat de exploi-
tatierechten op het werk aan de werkgever toekomen, voor zover
het werk in uitvoering van de arbeidsprestatie of de dienst werd
gemaakt (171).

In Duitsland verwerft de werkgever niet automatisch de exploita-
tierechten over creaties in ondergeschikt verband voor hem ge-
presteerd (in vervulling der verplichtingen uit een arbeids- of
dienstrelatie, "in de anonymiteit van de ondergeschikte arbeid
ontstaan") (172). Dit is slechts zo indien dit uit de inhoud of het

(170) Art. 7 Auteurswet; § 10,2 URG; art. 9 Nl. Auteurswet; art. 15,
2 Unieconventie. In dit verband stelt BOLLACK, Die Urhebervermu-
tung im neueren Urheberrechtsgesetz, GRUR, 1967, 21 (22) dat de
auteur in deze hypothese krachtens overeenkomst zal moeten zorgen
voor een goede waarneming van zijn rechten door de uitgever.

(171) Brussel, 30 juni 1936, Ing. Cons. 1937, 13; Rb. Brussel,
11 maart 1942, Ing. Cons., 1943, 70; VAN ISACKER, morele rech-
ten, blz. 128; VAN BUNNEN L., a.o., R.C.J.B., 1972, 524 (528).

(172) BGH, 28 april 1972, 4 IIC, 126 (129) (1973), Im Rhythmus der
Jahrhunderte; BGH, 22 febr. 1974, GRUR, 1974, 480 (482), noot
BIRLENBERG, Hummelrechte.

wezen (het doel) der arbeids- of dienstverhouding noodzakelijk volgt (§ 43 URG) (173). Het toekomen van de exploitatierechten aan de werkgever beperkt evenwel de rechtspositie van de auteur tegenover de werkgever op het gebied der morele rechten, in zoverre de autonome uitoefening der morele rechten door de auteur de exploitatierechten van de werkgever zou illusoir maken of overdreven beperken (174).

En Nederland eist art. 7 der auteurswet een uitdrukkelijke overeenkomst van overdracht van het auteursrecht aan de werkgever, waarin niet alleen de exploitatierechten volledig kunnen worden overgedragen, maar ook zekere in de wet aangeduide morele rechten. In Duitsland en Nederland geldt als principe dat slechts die morele rechten die voor overdracht vatbaar worden geacht en die uitdrukkelijk werden overgedragen of, voor het geval van Duitsland, die door het doel der arbeids- of dienstverhouding werden ingeperkt, door de testorganisatie kunnen worden uitgeoefend. Omwille van de persoonlijkheidsgebonden aard van het auteursrecht moeten contracten van afstand van bepaalde auteursrechten steeds restrictief worden geïnterpreteerd, terwijl de auteur niet weerloos mag worden gemaakt tegenover de werkgever of de uitgever.

In België neemt de rechtsleer aan dat morele rechten niet overdraagbaar zijn (175) en dat hun uitoefening slechts aan de wer-

(173) Kritisch daartegenover: REHBINDER, Recht am Arbeitsergebnis und Urheberrecht, UFITA, Bd. 66 (1973), 125 (135-136 en 143 e.v.); BUSSMANN, Im Arbeits- und Dienstverhältnis geschaffene Werke, in: HODEIGE F., Das Recht am Geistesgut, blz. 13 (27-28). Zie echter: BGH, 22 febr. 1974, GRUR, 1974, 480, noot BIELENBERG, Hummelrechte.

(174) REHBINDER, a.c., UFITA, Bd. 66 (1973), 125 (138 e.v.).

(175) VAN ISACKER, morele rechten, blz. 42-43; POIRIER, o.c., nr. 27a; R.P.D.B., Tw. Droit d'auteur, nr. 50; Brussel, 9 mei 1953, Ing. Cons., 1953, 193 (202). Impliciet ook: REMOUCHAMPS; o.c., nr. 39. De negentiende eeuwse rechtspraak aanvaardde echter de mogelijkheid van overdracht en uitoefening door anderen der morele rechten (welk begrip zij evenwel niet kent); BRUSSEL, 6 juli 1871,

kelijke auteur toekomt (176).

De argumenten van VAN ISACKER (177), de enige die deze stelling motiveert, overtuigen echter niet helemaal. Allereerst stelt hij dat art.3, Auteurswet moet gelezen worden in verband met art.1 en 2 der wet en dus alleen betrekking heeft op de exploitatierechten van de auteur. Verder stelt hij dat wellicht omwille van een stijlvariatie de wetgever niet, zoals in art.2, art.3 begon met "Ce droit est ..." maar met "Le droit d'auteur est mobilier, cessible, ...". Bovendien zou de wetgever in de auteurswet slechts op bijkomstige wijze bij de exploitatierechten van de auteur zijn morele rechten hebben geregeld.

De rechtspraak kent meerdere voorbeelden van een extensieve interpretatie van wetteksten omwille van de noodzaak opgedrongen door de gewijzigde omstandigheden en zet zich daarbij dan vaak over een louter historische of systematische interpretatie heen. Het kan trouwens niet geloofwaardig worden dat er in de artistieke en uitgeverswereld een zekere noodzaak bestaat aan de mogelijkheid van de overdraagbaarheid van sommige morele rechten: recente auteurswetten als de Duitse en de belangrijke wijziging der auteurswet in Nederland voorzien deze trouwens. De absolute onvervreemdbaarheid van morele rechten en de onmogelijkheid van hun uitoefening door ande-

.../... Pas., 1876, II, 204; Brugge, 6 juli 1874, Pas., 1874, III, 275 en 3 dec. 1875, Pas., 1876, III, 86; Gent, 22 febr. 1876, Pas., 1876, II, 201; Rb. Brussel, 25 maart 1885, J.T., 1886, 442 en 18 april 1887, Pas., 1887, III, 142. Gezien de zeer ondergeschikte plaats welke de morele rechten in de wet van 1886 innemen, mag men eruit besluiten dat de idee der onoverdraagbaarheid der morele rechten zeker niet bij de toenmalige wetgever voorzat.

(176) VAN ISACKER, Morele rechten, blz. 45 met verwijzingen. Contra: L.VAN BUNNEN, a.o., R.C.J.B., 1974, 524 (529); DUPLAT, o.c., nr. 268. Hof Amsterdam, 10 febr. 1970, N.J., 1971, 130. Anders in Duitsland; VON GAMM, o.c., blz. 320; FROMM-NORDEMANN, o.v., blz. 170-171.

(177) VAN ISACKER, morele rechten, blz. 42-43, nr. 25.

ren dan de werkelijke auteur, tijdens het leven van deze (178) leidt trouwens tot onbillijke gevolgen in het geval een rechtspersoon of de uitgever krachtens wettelijke fictie als auteur worden aangemerkt. Dit kan inhouden dat de morele rechten op het werk slechts met goedvinden van de werkelijke auteur kunnen uitgeoefend worden, terwijl de band tussen deze en het werk minder hecht kan zijn dan deze tussen de auteur krachtens wettelijke fictie en het werk. Nochtans kan art. 3 niet in zijn volle omvang en met alle gevolgtrekkingen vanden op de morele rechten van de auteur worden toegepast. Voorbehoud dient steeds te worden gemaakt voor het geval de overdracht tot misbruik vanwege de werkgever of de uitgever zou aanleiding geven en voor uitdrukkelijke verbodsbepalingen als art. 25 auteurswet dat de kwaadwillige of bedrieglijke naamtekening van een werk strafbaar stelt. Wel dient aanvaard te worden dat uit het toekomen van de exploitatierechten aan de werkgever of de uitgever beperkingen voortvloeien aan de morele rechten van de auteur, in zoverre anders de exploitatie aan de willekeur van de auteur zou onderworpen zijn, onmogelijk of inefficiënt zou worden. Zo moet het recht op de paterniteit, het recht tot publicatie, tot inkeer of om wijzigingen aan het werk aan te brengen, door de rechten van de werkgever op een zo doelmatig mogelijke benutting van het werk worden ingeperkt en moet het ook aan de werkgever toekomen de morele rechten desgevallend uit te oefenen. Dit is zeker aan te nemen zo de werkelijke auteur een rechtmatig belang heeft bij het behouden van zijn anonymiteit en het niet kunnen uitoefenen van de morele rechten door de werkgever deze zou blootstellen aan inbreuken op zijn exploitatierechten vanwege derden.

In wezen steunt de opvatting der Belgische rechtsleer op een scheiding tussen exploitatierechten en morele rechten van de auteur,

(178) Dit laatste schijnt volgens VAN ISACKER, morele rechten, nr. 64 in sommige gevallen toch mogelijk. Zo ook: RECHT, o.c., blz. 68-69. Vgl. Vred. Senefte, 16 febr. 1954 en Vred. Marchienne-au-Pont, .../...

waarvan de eerste totaal de vermogensrechtelijke belangen van de auteur op zijn werk, de tweede totaal de ideële belangen zouden dekken, los van elkaar, terwijl in feite beide bestanddelen in een zekere mate onscheidbaar zijn. De exploitatierechten dragen steeds op een persoonlijke creatie, terwijl de morele rechten ook met het doel bestaan en benut worden om vermogensrechtelijke belangen te dienen (179).

Wij onderschrijven dan ook graag de mening van L. VAN BUNNEN (180) wanneer deze stelt: "... la reconnaissance de droits d'auteur à une personne morale n'est qu'une fiction juridique qui doit rester limitée aux effets qu'on en attend. Elle ne doit servir qu'à justifier l'attribution directe à la personne morale des prérogatives pécuniaires attachées à l'oeuvre et à ne lui transférer les prérogatives morales que s'il y a eu renonciation abdicative par absence de signature du salarié. Ainsi entendue, une telle fiction ne soulève plus la réprobation et apparaît au contraire comme aussi justifiée dans le domaine du droit d'auteur que dans d'autres secteurs du droit. N'a-t-on pas accepté, en effet, qu'une personne juridique puisse avoir un honneur et une réputation qu'elle est habilitée à défendre ? N'admet-on pas également qu'une société puisse se voir infliger personnellement et directement de lourdes amendes par les juridic-

.../...16 dec. 1954, beide afgedrukt bij RECHT, Le Droit d'auteur sur les exécutions publiques des oeuvres musicales, blz. 425 en 444 waar aan SABAM in naam der auteurs, morele schadeloosstelling wordt toegekend.

(179) Vgl. REHBINDER, o.c., UFITA, Bd. 66 (1973), 125 (144). Voor dit laatste kan trouwens ook de door VAN ISACKER aangetoonde ondergeschikte wijze waarop de Belgische wet de morele rechten van de auteur omschrijft, als argument dienen.

(180) L. VAN BUNNEN, a.c., R.C.J.B., 1972, 524 (528-529).

tions de la C.E.E. ou un ordre de cessation, assorti de sanctions pénales, émanant du président du tribunal de commerce ? Pourquoi serait-il plus choquant qu'elle soit investie immédiatement des prérogatives attachées à la qualité d'auteur?" Hij voegt er verder aan toe dat art.2 van het K.B. 29 januari 1935 betreffende de tekeningen en modellen voor deze opvatting steun biedt (181).

In Nederland is een contractuele afstand van zekere morele rechten mogelijk, in zoverre dit wijzigingen in het werk of in de benaming daarvan betreft (182). Van het recht zich te verzetten tegen wijzigingen in het werk die eer en goede naam van de auteur treffen of tegen de publicatie van het werk onder een andere naam dan die van de auteur kan geen afstand worden gedaan.

Aan de grondslag van de idee der onoverdraagbaarheid ligt een te solemnele opvatting over het morele recht van de auteur. Voorbeelden daarvan zijn er genoeg. Dat de morele rechten niet door diegene die krachtens een wettelijke fictie als auteur wordt aangemerkt kunnen worden uitgeoefend, is immers des te sterker als een anomalie aan te voeren, naarmate de band tussen de persoon van de werkelijke auteur en het werk minder hecht is dan deze tussen de houder van het auteursrecht en het werk dat voor hem werd gemaakt. In dit laatste geval lijkt de uitoefening van de morele rechten aan diegene te moeten toevertrouwd worden die krachtens een wettelijke fictie als auteur wordt aangemerkt.

(181) Gent, 25 juni 1971, R.W., 1971-72, 378; Kortrijk, 8 jan. 1959, R.W., 1958-59, 1308. Zie: art.26, 2e lid W.20 mei 1975.

(182) Zie art. 25, derde lid Ned. auteurswet; COHEN JEHOAM, a.c., N.J.B., 1973, 525 (541).

Dit is steeds het geval zo de auteur zijn talent ten dienste stelde van een bepaald doel door een rechtspersoon nagestreefd en het werk niet duidelijk de stempel van de persoonlijkheid van zijn maker draagt, m.a.w. behoort tot de zwakke creaties. COHEN JEHORAM (183) wijst op de ongewenstheid van de onoverdraagbaarheid van het recht zich te verzetten tegen publicatie onder een andere naam dan die van de auteur, in verband met het verschijnsel der ghost-writers. Ook kan men betreuren de onmogelijkheid van het recht zich te verzetten tegen eerkrenkingen en aantastingen van de goede naam door wijzigingen van het werk wanneer deze door derden worden ondernomen (184) en deze eerkrenkingen niet zozeer de werkelijke auteur dan wel de persoon die het auteursrecht bezit of uitoefent, treffen. Zwaar weegt deze opwerping echter in de praktijk niet: vermits de rechtspersoon of de uitgever in hun persoonlijke eer en goede naam kunnen getroffen zijn, bezitten zij een vordering onafhankelijk van het auteursrecht, zoals hoger beschreven, of wegens gelijktijdige krenking van hun exploitatierechten (185).

Dat men in België het recht het vaderschap op te eisen niet als vatbaar voor volledige afstand beschouwt, lijkt niet alleen in strijd met de eisen van de praktijk, maar kan ook strijden met de belangen van de werkelijke auteur die kan wensen anoniem te blij-

(183) COHEN JEHORAM, a.c., N.J.B., 1973, 525 (541).

(184) Het recht zich te verzetten tegen eerkrenkende wijzigingen vanwege de uitgever of de werkgever, houder van het auteursrecht, is onvervreemdbaar, zoniet levert men de auteur over aan de willekeur van de uitgever of de werkgever.

(185) Dit was ook de oplossing van Hof Amsterdam, 10 febr. 1970, N.J., 1971, 130.

ven, zodat op hem geen pressie zal kunnen uitgeoefend worden (186), terwijl diegene die krachtens een fictie als auteur wordt aangemerkt een eigen belang kan hebben om als dusdanig erkend te worden en er een zekere band kan bestaan tussen de houder van de exploitatierechten en het werk, omdat de auteur zijn pen ten dienste stelde van de doelstellingen door de werkgever nagestreefd. Is dit zo, dan is de eerste belanghebbende bij een niet-aantasting der paterniteit en bij het recht op inkeer de werkgever en niet de auteur.

326. Het moreel recht te beslissen over de publicatie van het werk, de veruiterlijking ervan en het recht zich te distancieren van het werk zullen slechts zelden in het gedrang worden gebracht door reclame met vergelijkende warenonderzoeken. Nochtans is dit mogelijk, namelijk zo de testorganisatie de resultaten van haar tests of een ontwerp van het testbericht vóór de publicatie aan de betrokken ondernemers toezendt, en één van dezen de aldus bekomen gegevens in zijn reclame zou publiceren. De inbreuk op het moreel recht (eventueel op het recht van citaat) staat vast en kan door de auteur zelf (187), zowel als door de werk- of opdrachtgever

(186) Dat het wettelijke systeem van de trapsgewijze aansprakelijkheid waarvolgens de auteur vóór de uitgever komt, hierbij een hinderpaal vormt, staat dit niet in de weg. Beiden kunnen volgens de rechtspraak samen aansprakelijk zijn voor de civielrechtelijke gevolgen van hun onrechtmatig gedrag, zo de uitgever de gewraakte teksten duidelijk tot de zijne maakte bij de verspreiding onder het publiek: Rb. Gent, 18 dec. 1907, P.P., 1909, 245; Luik, 9 juli 1936, B.J., 1937, 246; Marche-en-Famenne, 7 juli 1939, Jur. Liège, 1940, 5.

(187) VAN ISACKER, Morele rechten, nr. 75-76; R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 226; REMOUCHAMPS, o.c., nr. 13 en 15. § 12 en § 6 URG. VON GAMM, o.c., blz. 301 e.v.; HUBMANN, o.c., blz. 144. In Nederland is afstand van het recht tot openbaarmaking mogelijk, het verband met het moreel recht van de auteur wordt er niet of onduidelijk gelegd. Zie: art. 1, 2 laatste lid, 4 en 5 Nl. Auteurswet. Vgl. Rb. 's Hertogenbosch, 21 jan. 1944, N.J., 1946, 134, Hummel-figures; Pres. Rb. Haarlem, 27 nov. 1964, N.J., 1966, 43; KOMEN-VERKADE, o.c., blz. 98. Zie daarentegen: WIJNSTROOM en PEREMANS, Het auteursrecht, blz. 72-73; DE BEAUFORT, o.c., blz. 21; .../...

worden beteugeld (188). Als een uitoefening van het recht tot inkeer kan worden beschouwd de mededeling dat een bepaalde test niet meer actueel is, dat hij niet meer kan staande gehouden worden of dat er bepaalde wijzigingen dienen aan te worden aangebracht, aan een reeds verschenen testbericht. Dergelijke mededeling verhindert elke overname of overdruk van de gehele of gedeeltelijke test, eventueel tenzij de wijzigingen mede worden overgenomen. Als stilzwijgende uitoefening van dit recht kan worden aangemerkt de publicatie der resultaten van een later ondernomen nieuw onderzoek over dezelfde produktensoort en met dezelfde afbakening als het vroegere onderzoek. Met een beroep op haar persoonlijkheidsrecht zou de testorganisatie ook een nieuwe publicatie van een onderzoek dat verouderd is, kunnen bestrijden en niet meer voldoet aan de eisen van een goede verbruikersvoorlichting (189). Meestal zal zulke publicatie haar goodwill aantasten en kan daarop in de eerste plaats en nadien op grond der morele rechten een beroep worden gedaan.

.../... Pres. Rb. Assen, 17 febr. 1964, N.J., 1964, 300: posthume publicatie van brieven wordt beslist door de rechter omdat deze meent dat ook auteur dit zou hebben gewild.

(188) Beschouwt men de morele rechten als onoverdraagbaar, dan kunnen de testorganisaties mogelijk slechts wegens onrechtmatige daad of wegens een inbreuk op de exploitatierechten tegen de reclame optreden.

(189) Vgl. VAN ISACKER, Morele rechten, nr. 102 e.v.; Voorz.Rb. Antwerpen, 19 dec. 1966, J.T., 1967, 224, noot L.V.B., Les mains sales; Hof Amsterdam, 14 mei 1964, N.J., 1964, 453, Joop Geesink. Op te merken valt dat art. 25 Nl. auteurswet niet over het recht op inkeer spreekt. In Duitsland omschrijft § 42 URG de vrijheid van de auteur op nauwkeurige wijze. Dit artikel wordt beperkend geïnterpreteerd door VON GAMM, o.c., blz. 503-504; ruimer door FROMM-NORDEMANN, o.c., blz. 187 en HUBMANN, o.c., blz. 191, die het "Rückrufsrecht wegen gewandelter Ueberzeugung" niet willen beperken door zeer strenge eisen van de motivering van de auteur te stellen.

327. Het recht om het vaderschap over het werk op te eisen zal haast nooit in het gedrang komen: de sterke aantrekking die testberichten in de reclame zouden kunnen hebben, beruist immers op de goede naam van de testorganisatie en daartoe moet deze en/of haar tijdschrift duidelijk vermeld worden. Weglating van de bronvermelding bij citaat is geen inbreuk op het recht op de paterniteit, doch is een inbreuk op het recht van citaat, door de auteurswetten uitdrukkelijk voorzien (190).

328. Belangrijkst voor de testorganisatie is het recht zich te kunnen verzetten tegen elke misvorming, verminking of wijziging van het werk of tegen elke aantasting ervan die de auteur in zijn eer of goede naam zou kunnen schaden (191). Hiervolgens kan de auteur elke vertekening door toevoegingen of weglatingen, tendens- of inhoudsvervalsingen daaruit of uit een door aard of wijze onangepaste werkweergave volgend, bestrijden (192). Of de testorganisatie zich op het moreel recht zal kunnen beroepen, is twijfelach-

(190) VAN ISACKER, morele rechten, blz. 64-65 n.a.v. art. 13 auteurswet; § 63 URG; OLG Hamburg, 5 juni 1969, GRUR, 1969, 38 (40), Heintje; art. 15 Nl. auteurswet. Impliciet ook: KOMEN-VERKADE, o.c., nr. 103.

(191) In België heeft de rechtspraak gesteld dat slechts die wijzigingen die de eer of de reputatie van de auteur krenken op grond van art. 6 bis Unieconventie als een inbreuk op het moreel recht van de auteur kunnen gelden: Brussel, 25 sept. 1965, Pas., 1966, II, 220.

(192) Vgl. VAN ISACKER, Morele rechten, blz. 140 e.v.; R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 239 e.v.; Aldus de toeschrijving bij de uitvoering van een werk aan de auteur van het oorspronkelijke werk van sociale of ideologische opvattingen die hem vreemd waren: Brussel, 25 sept. 1965, Pas., 1966, II, 220. Zie ook: BOGAART, Titelbescherming, blz. 79 e.v.; Hof Den Haag, 27 april 1962, N.J., 1963, 164: uitgave van een boek over sexualiteit en aanprijzing ervan door reclame van dubieuze smaak en in context met boeken van erg twijfelachtige morele waarde.

tig, aangezien zowel de Belgische praktijk als de Nederlandse auteurswet en de Berner Unieconventie een verband leggen met de eer en de goede naam van de (werkelijke) auteur en dit recht als onoverdraagbaar wordt beschouwd (193). De krenking van de eer, de goede naam en de goodwill van de testorganisatie is tegenover haar ook steeds een onrechtmatige daad, die zij op grond van het algemeen persoonlijkheidsrecht zal kunnen bestrijden.

Het Duitse recht kent in § 14 URG in deze een veel ruimere bevoegdheid aan de auteur toe. Vereist is slechts de geschiktheid van een voorgenomen maatregel ten overstaande van het werk om de belangen van de auteur in het gedrang te brengen, opdat deze over een verbodsactie zou beschikken (194). Niet elke verandering kan echter worden tegengegaan met een beroep op § 14 URG; vereist is dat de auteur een voldoende rechtmatig belang heeft bij de gevraagde maatregel. Dit belang wordt echter zeer vlug aanvaard (195).

(193) Nochtans is men geneigd hier rekening te houden met de aard van het werk en met de kracht van de creatieve eigenheid ervan. Zo willen VAN ISACKER, morele rechten, nr. 144; RECHT, o.c., blz. 79 en R.P. D.B., Droit d'auteur, nr. 242 een sterker beschikkingsrecht van de eigenaar en dus een geringer recht van respect aanvaarden voor het geval het om werken met geringe creatieve eigenheid gaat. Waarom dit echter niet doortrekken op het domein van de vereendbaarheid der morele rechten en hun uitoefening?

Contra: Rb. Brussel, 25 maart 1885, J.T., 1886, 442 en 18 april 1887, Pas., 1887, III, 142 waar aan de uitgever een recht tot wijziging van het werk wordt toegekend, zo de auteur aan zijn contractuele plichten omtrent de inhoud van het werk was tekort geschoten. Impliciet contra de stelling der rechtsleer: Brussel, 15 april 1957, J.T., 1957, noot J.G.RENAULD, waar een moreel recht op respect ten voordele van een recht op antwoord op een literaire kritiek in een dagblad wordt erkend, omdat het recht op antwoord niet in zijn geheel maar bij uittreksels werd weergegeven.

(194) Vgl. § 83 URG (uitvoerende kunstenaars) en § 93 e.v. URG (film). FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 110; VON GAMM, o.c., blz. 320; HUBMANN, o.c., blz. 146.

(195) BGH, 22 dec. 1959, GRUR, 1960, 449 (451), Alte Herren; FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 111; HUBMANN, o.c., blz. 146. Contra: VON GAMM, o.c., blz. 320 en 480, die stelt dat het belang van de auteur principieel niet zwaarder weegt dan elk ander belang.

Omwille van de persoonlijkheidsgebonden aard van dit recht neemt de rechtsleer aan dat § 14 URG in een des te sterkere mate bescherming biedt, naarmate de scheppende eigen aard van het werk groter is en dat omgekeerd, waar dit niet is gerealiseerd, de auteur ook in veel sterkere mate wijzigingen en aantastingen van zijn werk dient te dulden, indien deze op niet-beschermde gedeelten dragen of geen doelvervalsing van het werk in zich bergen (196). Van de rechten uit § 14 URG kan geen afstand worden gedaan, doch zij kunnen evenwel door anderen dan de auteur worden uitgeoefend (197).

De uitzondering door § 39,2 URG (verbod van misbruik inzake het toestaan van wijzigingen aan het werk of de titel) kan niet ten voordele van de adverteerder worden ingeroepen, daar slechts misbruik kan worden gemaakt tegenover de "Inhaber eines Nutzungsrecht" (198).

329. Is echter het moreel recht van de auteur van een testbericht reeds aangetast door de loutere omstandigheid dat zonder toestemming

(196) VON GAMM, o.c., blz. 320; FROMM-BORDEMAN, o.c., blz.110-111.

(197) VON GAMM, o.c., blz. 318; FROMM-NORDEMAN, o.c., blz.170-171. De Duitse rechtspraak stelt dat iemand een subjectief recht van een ander in eigen naam, op basis van een hem door de gerechtigde gegeven machtiging, voor de rechtbanken kan opeisen en daaraan dan een eigen, beschermenswaard belang heeft, behoudens zo de openbare orde zich tegen de overdracht zou verzetten. Zie bv. BGH, 28 nov. 1962, BGHZ, 38, 282 (283).

(198) § 39 URG stipuleert dit niet uitdrukkelijk; anders oordelen zou echter geen enkele zin hebben, vermits de auteur slechts tegenover diegene die belangen verworven heeft in de exploitatie van het werk, misbruik kan maken van zijn recht op de integriteit van het werk. Vgl. OLG Hamburg, 5 juni 1969, GRUR, 1970, 38 (39), Heintje. De rechtsleer acht dit vanzelfsprekend: VON GAMM, o.c., blz. 481; HUBMANN, o.c., blz. 148; FROMM-NORDEMAN, o.c., blz. 172. Zie ook § 62 URG en art. 25, b Ned. auteurswet.

het testbericht in de reclame werd weergegeven ? WILL (199) spitst deze vraag toe op de mogelijkheid dat door zulke weergave de testberichten minstens gedeeltelijk van hun oorspronkelijk doel worden vervreemd en daardoor de testorganisatie aan vertrouwen inboet bij het publiek. Is dit een inbreuk op het auteursrecht ? De aantasting van het werk en de aantasting van de persoonlijkheidsrechten van de auteur lopen hier parallel: twijfel aan de neutraliteit van de testorganisatie treft de essentie van het testbericht en omgekeerd voert twijfel aan de objectiviteit en de zake-lijkheid van het testbericht tot vooringenomenheid tegenover de ganse activiteit van de testorganisatie. Tegen het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk in de reclame heeft iedereen bezwaren vanuit het moreel recht van de auteur. In het geval van een testbericht wordt echter de verbinding met het geadverteerde niet door het gebruik in de reclame kunstmatig in het leven geroepen, immers het testbericht zelf bevat reeds de verwijzing naar de verschillende produkten. Waar het auteursrechtelijk beschermd werk (het testbericht) reeds op de verschillende produkten die mogelijk door gebruik in dit bericht kunnen geadverteerd worden, betrekking heeft, daar is dit nochtans geen argument om een aantasting op de persoonlijkheidsrechten van de auteur goed te heten. Bovendien vermag het belang van het publiek bij het vernemen van waardevolle informatie niet, de krenking van het persoonlijkheidsrecht van de auteur op te heffen.

Daar de auteur het gebruik dat van zijn werk zal worden gemaakt door middel van het reproductievoorwerp, beperkingen kan opleggen, mits hij over de volheid van zijn rechten beschikt (200), en hij

(199) WILL, o.c., blz. 45 e.v.

(200) VAN ISACKER, exploitatierechten, nr. 218; Hof Arnhem, 29 maart 1961, N.J., 1961, N.J., 1961, 339. Anders in Duitsland krachtens § 17,2 URG, waarover supra.

in het geval van reclame met het testbericht daartoe zelfs een rechtmatig belang heeft, kan de rechtspraak en de rechtsleer die een bestemmingsrecht van de auteur binnen zekere perken afwijst, hiertegen geen argument bieden (201). Het belang van de adverteerder of van het publiek kan nooit zo zwaar wegen dat het toelaat over de zekere krenking van de morele rechten of de persoonlijkheidsrechten van de auteur heen te stappen (202).

330. Tot slot nog enkele bedenkingen. Een eerste komt van WILL (203) en betreft de mogelijkheid de morele rechten van de auteur in te roepen om reclame met testberichten tegen te gaan.

"Die These vom verletzten Urheberpersönlichkeitsrecht krankt ihrerseits jedoch an einem Spezifikum des Testberichts: dessen dünnen schöpferischer Substanz. Auf Grund der bekannt gewordenen Rechtsprechung ist man gewöhnt, das Urheberpersönlichkeitsrecht mit Werken von einigem Rang zu assoziieren. Beim faktensammelnden, ephemeren Testbericht kann davon keine Rede sein. Es wäre besser, diese Art von "kleine Münze" ganz aus dem Urheberschutz zu entlassen, zumindest dann, wenn das Sujet bekannt, der Aufbau vorgegeben, die Sprache alltäglich und der Autor deshalb beliebig auswechselbar ist. Das geltende Recht steht auf einem anderen Standpunkt, wiewohl die Auslegung, die der Begriff des schützenswerten Schriftwerks erfahren hat, alles andere als klar und einheitlich ist. Die Schwäche dieses Begriffes ist die Schwäche der hier

(201) Daarover supra. Het beroep door de auteur op de krenking van zijn morele rechten, verhindert de adverteerder § 17,2 URG in te roepen, daar dit artikel slechts de exploitatierechten van de auteur betreft.

(202) WILL, o.c., blz. 47 met verwijzingen; Adde: IG Düsseldorf, 30 okt. 1969, BB, 1971, 237. Vgl. Pres. Rb. Almelo, 23 april 1963, N.J., 1964, 304.

(203) WILL, o.c., blz. 63. Vgl. Pres. Rb. Haarlem, 26 juni 1974, N.J., 1974, 415 i.v.m. art. 35 Nl. Auteurswet.

vertretenen These."

Voegen wij daaraan toe dat er verder de moeilijkheid is dat het auteursrecht niet aan de testorganisatie toekomt omdat zij oorspronkelijk schepend werk presteerde, doch enkel uit hoofde van het feit dat zij de werk- of opdrachtgeefster is van de oorspronkelijke auteur, terwijl daartegen de band tussen testorganisatie en het werk veel nauwer zal zijn dan die tussen de oorspronkelijke auteur en het werk. Omwille hiervan en omwille van het feit dat het nooit onontbeerlijk is voor de beoogde bescherming, om op het moreel recht van de auteur een beroep te doen, lijkt het aangewezen de bescherming door dit recht gegarandeerd in de hypothese der reclame met vergelijkende warenonderzoeken niet te overschatten.

3. De bescherming van de titel.

331. Indien de testorganisatie de naam van haar tijdschrift als merk zou kunnen deponeren, zou dit eventueel bescherming kunnen bieden om het gebruik daarvan tegen haar wil in te bestrijden. Hierna wordt onderzocht of dit mogelijk of wenselijk is. Er is bovendien de vraag naar de titelbescherming buiten het merkenrecht, krachtens het auteursrecht of indien de aantasting ervan als een onrechtmatige daad kan worden beschouwd. Zij worden hier behandeld in functie van hun efficiëntie tot het weren van aantastingen door de adverteerders en niet door rivaliserende testorganisaties.

Het merkenrecht.

332. België en Nederland.

Gezien beide landen sedert het in werking treden van de Eenvormige Benelux Merkenwet (BMW) dezelfde regeling kennen, worden ze samen behandeld. Als merk beschermbaar zijn benamingen, tekeningen, afdrukken, stempels, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakkingen, en alle andere tekens, die dienen om de waren van een

onderneming te onderscheiden (204). Vereiste is dus het onderscheidend karakter van het gedeponeerde teken en een onderneming voor wiens waren het merk wordt gevoerd. Het onderscheidend vermogen zal dienen te worden beoordeeld naar de eigen aard van het gevoerde teken, het moet op zichzelf voldoende originaliteit vertonen om de waren ermee bekleed tegenover alle andere door exclusieve tekens gemerkte waren voldoende te individualiseren. Het vereiste van een onderneming veronderstelt dat een handels- of nijverheidsactiviteit zou worden gesteld (205). Hierbij is het oogmerk winst te maken een vereiste (206). Rechtspersonen die hoofdzakelijk een filantropisch, religieus, artistiek of pedagogisch doel nastreven en in functie daarvan een bepaalde vorm van rechtspersoonlijkheid hebben gekozen, kunnen nochtans voor hun bijkomende commerciële activiteiten, waarvan de opbrengst zal dienen om hun belangeloos doel na te streven, een merk deponeren (207).

(204) Over de mogelijkheid vormmerken te deponeren, zie BRAUN, o.c., blz. GOTZEN, BMW, blz. 20 e.v.; WICHERS HOETH, o.c., blz. 42-43; Toelichting bij art. 1 BMW, gecit. bij WICHERS HOETH, o.c., blz. 39-40.

(205) BRAUN A., o.c., blz. 128 e.v., nr. 142 e.v.; GOTZEN, BMW, blz. 41-42; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 88.

(206) Vgl. VAN GERVEN, Algemeen Deel, nr. 96; GOTZEN, BMW, blz. 42; RONSE, Vennootschappen, blz. 45 e.v.; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 88; BOEKMAN S., De handelsnaam, blz. 13 e.v.; H.R., 29 febr. 1944, N.J., 1944-45, 215, Nefizo; H.R., 10 okt. 1940, N.J., 1941, 197, noot E.M.M., Avro.

(207) Aldus voor een VZW en een Instelling van openbaar Nut: FREDERICQ, Traité, II, nr. 67; BRAUN Th.-BISSOT-FAVART, Les Marques de fabrique et de commerce, Les Nouvelles, Droits Intellectuels, nr. 77; BRAUN A., o.c., nr. 140 met verwijzingen; M. CAPART, Du droit pour une association sans but lucratif de posséder et de déposer des marques de fabrique, Ing. Cons., 1931, 57. Contra: R.P.D.B., Propriété industrielle, nr. 200-201; Kooph. Antwerpen, 28 dec. 1934, Ing. Cons., 1935, 211. Zie voor Nederland: Rb. Utrecht, 21 mei 1930, N.J., 1931, 646; BOEKMAN, o.c., blz. 18 e.v.

In beide landen is aanvaard dat de titel van een tijdschrift als merk kan worden gedeponeerd (208). De Verbruikersunie heeft dit dan ook gedaan (209).

Wat betreft het gebruik van andermans merk in de reclame bepaalt art. 13 BMW dat de merkhouders zich krachtens zijn exclusief recht kan verzetten tegen elk gebruik dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht. De rechtsleer meent dat aan de ~~merk~~ geldige reden een beperkende interpretatie zal dienen te worden gegeven, gezien het absoluut karakter van het merkrecht (210) en dat het bestaan der schade zeer vlug zal dienen te worden aanvaard, m.n. zou de mogelijkheid van schade, ongeacht de daadwerkelijke realisatie ervan, volstaan, buiten elke schuld vanwege de adverteerder (211).

Verwijzing naar de titel van het testtijdschrift kan dus, zo deze titel als merk werd gedeponeerd, steeds worden verboden: niet vereist is dat verwarring kan ontstaan over de herkomst der merkartikelen, elk schadelijk gebruik van het merk zonder reden wordt laakbaar geacht.

(208) BRAUN A., o.c., nr. 44 met verwijzingen; DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS-HOETH, o.c., blz. 71 met verwijzingen; KOMEN-VERKADE, Het nieuwe merkenrecht, nr. 32; BOGAART E., Titelbescherming, blz. 60 met uitvoerige verwijzingen blz. 70-71; Rb. 's Gravenhage, 1 dec. 1954, N.J., 1955, 782.

(209) Ook de titel "Which?" is een gedeponeerd merk: International Consumer, 1968, nr. 2, 31.

(210) WICHERS HOETH, o.c., blz. 90; BRAUN A., o.c., blz. 221; GOTZEN, BMW, blz. 119.

(211) WICHERS HOETH, o.c., blz. 91; BRAUN A., o.c., blz. 222; GOTZEN, BMW, blz. 119.

333. Duitsland.

In Duitsland kan een tijdschrifttitel als merk worden gedeponneerd, zo deze titel toebehoort aan een uitgeverij (212) en de titel dient om de herkomst van het tijdschrift uit deze uitgeverij aan te duiden. Een merk kan slechts gevoerd worden door een Betrieb, t.t.z. door een onderneming die een op de productie of de verdeling van waren gerichte economische activiteit uitoefent (213). Daartoe worden twee vereisten gesteld: de handelsondernemingen moet waren produceren, verwerken of verhandelen en met deze waren tegenover andere handelsondernemingen in concurrentie treden zodat het nodig te achten is dat zij haar waren individualiseert (214). Zo het niet gaat om een natuurlijke persoon dient de merkhouders rechtspersoonlijkheid te bezitten of in de nabije toekomst te gaan bezitten, in om het even welke vennootschaps- of verenigingsvorm. Een winst-oogmerk is niet vereist. De burgerlijke vennootschap (§ 705 e.v. BGB) en de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid (§ 54 BGB) kunnen geen merkhouders zijn (215).

Het warenmerk kan slechts op welbepaalde goederen dragen, een firma-naam of -teken is niet als warenmerk beschermd (216).

(212) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 53 bij § 1 WZG; ULMER, Urheberrecht, blz. 153; VON GAMM, o.c., blz. 82; REIMER E., o.c., blz. 18 e.v.; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, blz. 225; ELSTER, o.c., blz. 80.

(213) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 3 e.v. bij § 1 WZG; ULMER E., Titles, in: H.J. PINNER, o.c., II, blz. 881 (882); HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, blz. 198; BGH, 3 juni 1964, BGHZ, 42, 44 (48), Scholl.

(214) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 5 bij § 1 WZG; HUBMANN, o.c., blz. 199; ELSTER, o.c., blz. 110.

(215) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 25 bij § 1 WZG;

(216) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 25 bij § 1 WZG; ULMER, o.c., l.c., blz. 882; HUBMANN, o.c., blz. 199.

§ 15, eerste lid WZG kent de merkhouders een exclusief recht toe de gemerkte waren in het verkeer te brengen en op aankondigingen, prijslijsten, handelspapieren, aanbevelingen, rekeningen en dergelijke het teken aan te brengen. De inbreuk erop vereist nochtans dat een derde het warenmerk of een met het warenmerk verwisselbaar teken voor waren gebruikt die niet van de merkhouders stammen (217). Vereist is een gebruik als merk, dienend tot kenmerking van een bepaalde waar, zodat de herkomstfunctie van het merk wordt aangetast, in de ogen van de doorsnee-lezer van de gewraakte bescheiden verwarring kan ontstaan omtrent de herkomst der gemerkte waren (218).

Aantasting van de reclamefunctie of de kwaliteitsfunctie van het merk, zonder dat aan de herkomstfunctie wordt geraakt, kan niet beteugeld worden krachtens het merkenrecht (219). Daar dit laatste haast steeds de wijze van aantasting zal zijn bij reclame met testberichten, kan dus geen doelmatige bescherming op grond van het merkenrecht bekomen worden tegen reclame met testberichten.

Het auteursrecht.

334. Krachtens het auteursrecht is de titel van een werk op dezelfde wijze beschermd als het werk dat hij dekt, omdat hij dient als

(217) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 55 e.v. bij § 15 WZG; HUBMANN, o.c., blz. 214-215.

(218) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 6 e.v. bij § 15 WZG; LEINVEBER, Zur neuesten Rechtsprechung in der Frage des Titelschutzes insbesondere bei Zeitungen und Zeitschriften, GRUR, 1963, 464 (468) die meent dat zo het merk als titel dienst doet hieraan nooit zal voldaan zijn; ELSTER, o.c., blz. 95-96. Zie voor een dagbladtitel: BGH, 10 mei 1974, B.B., 1974, 1133, St.Pauli-Nachrichten.

(219) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 13-14 bij Einl.WZG; BALLON, a.o., T.P.R., 1971, 351 (360).

aanduiding van dit werk (220). Dit is echter slechts mogelijk in de mate dat titel en werk een eenheid vormen; aldus geniet een tijdschrifttitel of een dagbladtitel geen auteursrechtelijke bescherming omwille van het gebrek aan eenheid tussen titel en inhoud der verschillende in het dagblad of tijdschrift opgenomen auteursrechtelijk beschermde artikelen (221), tenzij zo hij op zichzelf voldoet aan de vereisten van de auteurswetten en aldus als zelfstandig werk kan worden beschouwd (222).

Onrechtmatige daad.

335. Onderscheidingstekens die niet als merk kunnen worden gedeponeerd en geen auteursrechtelijke bescherming genieten kunnen op grond van de regels der onrechtmatige daad of van de oneerlijke mededinging tegen usurpatie of nabootsing worden beschermd (223). Dit is vooral aangewezen zo er gevaar voor verwarring in hoofde van het publiek ontstaat of zo er verwatering van het aangegrepen teken dreigt, doordat op de goodwill daarvan wordt geteerd (224).

(220) Kooph. Brussel, 13 nov. 1913, J.C.B., 1914, 5; Gent, 26 juni 1959, Ing.Cons., 1959, 290, noot Th.S.; POIRIER, o.c., nr. 139; R.P.D.B., Droit d'auteur, nr. 91; COPPIETERS DE GIBSON, o.c., nr. 189 e.v.; Omstreden in Duitsland, hoewel de rechtspraak pro is. Zie: ULMER, o.c., l.c., blz. 381; LEINVEBER, a.c., GRUR, 1963, 464 (465) met verwijzingen. Contra: SCHMIEDER H.H., Der Titel als Werk zweiter Hand, GRUR, 1965, 468 met verwijzingen. DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, o.c., blz. 172; KOMEN-VERKADE, Auteursrecht, nr. 55; DE BEAUFORT, o.c., blz. 171-172.

(221) Onduidelijk: POIRIER, o.c., nr. 140 ter.

(222) Rb. Brussel, 28 mei 1921, J.T., 1921, 405, Appassionata; BOGAART, o.c., blz. 28 e.v. en 48 e.v. Vgl. de aldaar blz. 30 e.v. afgedrukte uitspraak over "de dokter en het lichte meisje" van Pres. Rb. Amsterdam, 26 maart 1954; ELSTER, o.c., blz. 80-81.

(223) Zie: SCHRICKEER-FRANCO, o.c., nr. 278 e.v.

(224) KOMEN-VERKADE, Merkenrecht, blz. 188 met uitvoerige verwijzingen; BOGAART, o.c., blz. 90-91; Kooph. Gent, 20 mei 1965, J.T., 1965, 508; Voorz. Kooph. Gent, 5 juni 1965, J.T., 1965, 507; Voorz. Kooph. Brussel, 16 dec. 1952, Ing.Cons. 1957, 131 (132); ULMER, o.c., l.c., blz. 882-883.

Hieronder zal ook de betiteling van de aanbevolen aankoop kunnen worden beschermd, zo deze geen auteursrechtelijke bescherming geniet en niet als merk werd gedeponneerd.

§ 4. Dient de rechtmatigheid van de reclame met vergelijkend warenonderzoek te worden aanvaard of te worden bepleit omwille van haar voorlichtende waarde voor het publiek?

336. Indien men mag vooropstellen dat reclame met volledige of met uittreksels uit een vergelijkend warenonderzoek die geen valse opinievorming bij de consument in de hand werken, nuttig kunnen zijn voor de van die reclame kennisnemende consument, kan men dan niet bepleiten dat reclame met vergelijkende warenonderzoeken zou dienen te worden toegelaten in het belang van de consument? Immers aan het hoger opgeworpen bezwaar, dat gebruik van vergelijkende warenonderzoeken een doelvervalsing hiervan inhoudt, moet mogelijk niet al te zwaar worden getild, terwijl de wijze van kennisneming door de verbruiker van zulke informatie naar mate de praktijk van reclame met vergelijkend warenonderzoek zal ingeburgerd geraken, zich wellicht zal gaan normaliseren, zodat ook dit bezwaar dat wij hoger vanuit het belang van de verbruiker hebben geformuleerd, zou worden ontkracht.

337. Men zou dus kunnen stellen dat, aangezien de nood aan voorlichting der verbruikers als groep een relevant algemeen belang is, dit principieel de voorrang zou kunnen worden verleend op de belangen van de testorganisatie. Dit uitgangspunt geeft evenwel zelf te kennen dat het algemeen belang niet steeds en noodzakelijk zou moeten primeren boven het belang van een kleine groep of zelfs van enkelingen (225). Bovendien mag men stellen dat in feite bij de informant-adverteerder geen bekommernis om het

(225) Men vergelijke: STUYCK, o.c., III, nr. 341; WILL, o.c., blz. 86-87.

algemeen belang voorziet, maar vooral bekommernis om zijn eigen-
belang: dit is meteen ook de ontkrachting van het soms gehoorde
argument dat men ter oplossing van deze problematiek de belangen
van het publiek tegenover die van de testorganisatie moet stel-
len, waarbij men overweegt dat deze laatste zich eigenlijk op-
werpt als een hinderpaal voor een doelmatige verspreiding van
haar testberichten en dus handelt tegen haar doelstellingen van
voorlichting aan de consument (226). Niet alleen vergeet men door
 zo te redeneren een belangrijke en determinerende schakel bij de
 belangenafweging, namelijk het feit dat de verspreiding door
 een adverteerder uit eigenbelang gebeurt, doch bovendien hebben
 wij hiervoor getracht te bewijzen dat de geloofwaardigheid van de
informatie zeer belangrijk is en dat daarom de testorganisatie ja-
 loers moet waken op haar blazoen van onafhankelijkheid en van be-
 zorgdheid om de rationele keuze van de consument. Men kan haar
 hierom reeds niet ten kwade duiden dat zij uit deze eis de nodige
 gevolgtrekkingen maakt en dus reclame met haar testberichten ver-
 biedt : indirect is zij daartoe verplicht in het belang van de al-
 gemeenschap zelf, dat zij zoekt te behartigen. Immers, het gebruik
 der testberichten zou afbreuk doen aan haar geloofwaardigheid in
 de ogen van haar leden, wat bij zeer sterke uitbreiding zou kun-
 nen leiden tot het tenietgaan van de testorganisatie.

338. Verder mag men hier ook eraan herinneren dat reclame als
 medium van voorlichting door de adverteerder gebruikt, institu-
 tioneel inadequaet mag worden genoemd, verder aan het feit dat
in hoofde van de verbruikers als groep geen informatiebelang of
-recht bestaat van zulke aard dat het zou kunnen voorrang worden
toegekend op het auteursrecht of een ander exclusief recht in

hoofde van de testorganisatie (227). Niet onverenigbaar met de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van meningsuiting is dat de testorganisatie voor de door haar verstrekte informatie laat betalen (228). Tenslotte kan men ook laten opmerken dat reclame niet van de vrijheid van meningsuiting geniet in de mate dat deze de opinievorming en de controle over het openbaar leven speciale bescherming verleent (229).

Al deze opwerpingen leiden er dus toe de als aanhef van dit paragraaf gestelde vraag ontkennend te beantwoorden.

§ 5. De invloed van het onrechtmatigheidsoordeel uitgesproken over de reclame tegenover de testorganisatie op het oordeel over de rechtmatigheid van deze reclame tegenover de andere ondernemers in de test vermeld.

339. Een laatste probleem betreft de vraag of een inbreuk op het auteursrecht, de persoonlijkheidsrechten, het merkrecht of het recht op de titel van de testorganisatie door de reclame die door de adverteerder werd gevoerd, deze reclame meteen ook onrechtmatig maakt tegenover de mededingers of de andere handelaars die in de test werden vermeld. Indien in de gevoerde reclame de mededingers of de andere handelaars werden vermeld, dan kan deze bestreden worden als vergelijkende reclame. Indien de gevoerde reclame, zonder dat zij mededingers of andere handelaars of ambachtslui herkenbaar aanduidt, de rechten der testorganisatie krenkt,

(227) Vgl. Cass., 4 dec. 1952, R.C.J.B., 1956, 33, noot DASSÈSSE, Strebelle.

(228) LÜFFLER, Presserecht, blz. stelt dat dit volgt uit het feit dat art. 5 GG slechts de toegang tot voor elkeen toegankelijke bronnen garandeert, evenwel geen kosteloosheid garandeert. Zie hierboven noot 80

(229) Zie hiervoor, deel II.

wordt deze reclame daardoor alleen onrechtmatig tegenover de mededingers van de adverteerder ? M.a.w. is het een oneerlijke handelspraktijk of een daad strijdig met de eerlijke concurrentie de rechten van de testorganisatie in zijn reclame niet te ontzien ?

340. Overwogen moet hierbij dat de adverteerder door zijn handelspubliciteit een ruimere verspreiding dan diegene die door de testorganisatie werd beoogd, geeft aan de testberichten (230). Dit betekent meteen ook dat de adverteerder de eventuele schadelijke gevolgen die de publikatie door de testorganisatie reeds veroorzaakte, nog vergroot door een nieuwe publicatie, welke hij principieel uit eigenbelang en om zijn mededingers klienteel afhankelijk te maken, doorvoert. Hoger hebben wij uitdrukkelijk betoogd dat een economisch bedrijvige ondernemer geen aangewezen persoon is tot voorlichting van de verbruikers en tot waarneming van het algemeen belang. Het feit dat mogelijk zijn handelen nuttig is voor het publiek daar (per definitie) objectieve informatie wordt verstrekt, is daarbij irrelevant. Bedoeling is immers deze informatie ten eigen nutte uit te buiten, waarbij de adverteerder

(230) Een parallel kan in verband hiermee wellicht worden getrokken met de rechtspraak die erg weigerachtig staat tegenover de eigenmachtige publikatie van een veroordeling, bekomen tegen een concurrent. De Belgische Duitse en Nederlandse rechtspraak staan op dit standpunt: ULMER-SCHRICKEER, Unlauterer Wettbewerb, II/1, Belgien, nr. 441, blz. 391; SCHRICKEER-FRANCO, o.c., Belgique, nr. 441, blz. 494; GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 1062 e.v.; Kooph. Brussel, 14 mei 1966, J.C.B., 1966, 219 (222): De bekendmaking heeft een hogere doelmatigheid bereikt dan die voorzien en de belanghebbende heeft zich een ruimere schadeloosstelling toegeëigend dan door de rechter bepaald. BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 1 bij § 23 UWG; ULMER-REINER, o.c., nr. 456, blz. 323; ULMER-BAUMER-VAN MANEN, o.c., nr. 110 e.v., blz. 93 e.v.

zich over de belangen van de testorganisatie, (per definitie) een vreemde in de concurrentiestrijd, heenzet, zonder daartoe een werkelijke rechtvaardiging te kunnen inroepen. Hoger hebben wij immers reeds gesteld dat informatie tot elke prijs minstens evenzeer uit den boze is als totaal gebrek aan of verkeerde informatie. Gaan wij nu echter na of zulke voor de mededingers schadelijke en zeer zeker tegenover de testorganisatie onrechtmatige handelwijze, omwille van deze onrechtmatigheid, rechtens hetzelfde karakter vertoont tegenover de mededingers.

341. België

In België heeft GOTZEN (231) een overtuigend pleidooi gehouden om handelingen die door de wet verboden worden ook tussen partijen in het geding wegens oneerlijke mededinging voor onbehoorlijk aan te merken. Hij stelt daartoe dat de leer der relatieve onrechtmatigheid ons recht vreemd is en principieel de concurrentiewetgeving het uitbuiten van onwettelijkheden ontoelaatbaar acht. Slechts zo de onwettige handeling geen concurrentiedaad is of zo aan de vereisten van art. 1382 B.W. niet is voldaan, kan de onwettige handeling niet met een vordering tot ophouden bestreden worden.

De WHP laat daarover thans geen twijfel meer bestaan daar zij uitdrukkelijk de Voorzitter der rechtbank van koophandel bevoegd verklaart om strafrechtelijk beteugelde tekortkomingen aan art. 55 WHP te doen staken (232) en slechts de daden van namaking die onder de toepassing vallen van de wetten betreffende de uitvindings-

(231) GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr. 732 e.v. Vgl. VAN GEEVEN, a.o., R.W., 1960-61, 609 (614); RONSE J., Aanspraak, blz. 70 e.v.

(232) art. 59, tweede lid, WHP.

octrooien, de fabrieks- of handelsmerken, de nijverheidstekeningen of -modellen en de auteursrechten buiten de bevoegdheid van de Voorzitter der rechtbank van Koophandel bant (art. 56), zonder dat daaruit zou kunnen of mogen besloten worden dat zulke daden van namaking niet tevens een oneerlijke handelspraktijk zouden uitmaken. Met art. 54 WHF strijdt dus elke onwettige daad waardoor een handelaar of ambachtsman een ander handelaar of ambachtsman schaadt, zonder dat schadende en geschade concurrenten dienen te zijn (233).

Gezien de adverteerder inbreuk maakt op een voorschrift dat anderen onderhouden omdat zij zich niet aaneen wetsovertreding tegenover een derde schuldig wensen te maken, moet elke inbreuk op de rechten van de testorganisatie in de reclame, beschouwd worden als een oneerlijke handelspraktijk, indien aan de vereisten van art. 1382 B.W. is voldaan. Zo reclame werd gemaakt kan dit steeds aanvaard worden: zij is steeds schadelijk voor de concurrenten, aangezien zij beoogt de aandacht van het publiek en de koopbeslissingen te beïnvloeden ten voordele van het geadverteerde en ten nadele der concurrenten (234).

(233) Voorz. Kooph. Brussel, 17 jan. 1972, J.T., 1972, 448 (449) met noot L. VAN BUNNEN, bev. Brussel, 31 jan. 1973, J.T., 1973, 556 en J.C.B., 1973, 305; Voorz. Kooph. Antwerpen, 9 jan. 1973, J.C.B., 1973, 108; Voorz. Kooph. Nijvel, 1 maart 1973, J.C.B., 1973, 484; Voorz. Kooph. Brussel, 12 okt. 1973, J.C.B., 1974, 311; Voorz. Kooph. Gent, 30 april 1974, Bull. Hand., 1975, nr. 9-10, 27; Brussel, 24 dec. 1974, R.W., 1974-75, 2527, noot Anne-Marie DE CLERCQ. Indien het Wetsvoorstel tot instelling van een Nationaal Instituut voor de Verbruikers het tot wet brengt, dan zou een inbreuk op art. 20 ervan dat reclame met de warenonderzoeken van het instituut verbiedt, automatisch met art. 54 WHF strijden. Zie: Parl. Besch., Kamer, 1974-75, nr. 392-1.

(234) Gedingen waarin een bepaalde wijze van adverteren oneerlijk werd geacht omwille van een door de adverteerder begane inbreuk op het auteursrecht van een derde-niet-concurrent, werden tijdens dit onderzoek niet aangetroffen. Wel kan worden verwezen naar volgende uitspraken :

.../...

De vordering tot staken zal evenwel niet voor de Voorzitter van de rechtbank van koophandel kunnen worden gebracht, aangezien art. 56 WHP deze de vaststelling van een inbreuk op het merkenrecht of het auteursrecht niet toelaat (235). Aantastingen van de eer, de naam en de standing zullen echter wel door de Voorzitter kunnen vastgesteld worden (236).

342. Duitsland

In Duitsland, waar een systeem van relatieve onrechtmatigheid geldt, is het antwoord op deze vraag niet zo gemakkelijk en categorisch te geven. De wetsinbreuk die met concurrentieel oogmerk gebeurde, wordt er niet steeds aangemerkt als een inbreuk op de gute Sitten van het handelsverkeer, doch er is daartoe

.../...

- Montpellier, 18 juni 1932, P.P., 1933, 50 en J.T., 1933, 28: verboden wordt het gebruik door een derde van de appreciatie van een film voor de door hem geprojecteerde film met een gelijkaardig onderwerp dan de gekritiseerde, elders vertoonde film. Goedgekeurd bij POIRIER, Les Nouvelles, Droitd'auteur, nr.161.

- Tr. Torino, 24 maart 1954, Riv. Dir. Comm., 1954, II, 294, noot Cesare TRENTINI: is een daad van oneerlijke mededinging de usurpatie in de reclame voor een medisch produkt, van het grootste gedeelte van de bibliografie (17 artikelen op de 24 geciteerde) die over het produkt van een concurrent verscheen en door deze in zijn reclame werd gebruikt, zonder er ergens op te wijzen dat het om een concurrerend produkt gaat met ongeveer dezelfde eigenschappen als het onrechtmatig geadverteerde.

- Vred. Mechelen/Maas, 2 juli 1960, gepubliceerd bij CORBET J., 1960-1964, cinq ans de jurisprudence en matière de droit d'auteur, blz. 43: Verweerder werd reeds vijf maal veroordeeld wegens weigering auteursrechten te betalen voor de in zijn herberg uitgevoerde muziek, en nog steeds weigert hij aan de veroordeling te voldoen. Zulke handelwijze is, volgens de rechtbank, in een enigszins overbodige considerans, oneerlijke mededinging tegenover die caféhouders die zich wel aan hun wettelijke plichten houden. Vgl. Rb. Leuven, 2 maart 1967, ID., 1965-69, cinq ans..., blz.111.

(235) Zie: Parl. Besch., Senaat, 1963-64, nr.268, blz.62 en 1968-69, nr.415, blz. 54. Wordt art.20 van het wetsvoorstel wet dan zou de inbreuk erop steeds voor de Voorzitter kunnen worden gebracht, zo het om reclame met tests van het Nationaal Instituut voor de Verbruikers gaat.

(236) Vgl. GOTZEN, Vrijheid van beroep, II, nr.749 e.v.; VAN GERVEN, a.c., R.W., 1960-61, 609 (614-615).

vereist dat het voorschrift dat werd miskend een waardering vanuit de gute Sitten moet toelaten, en met name moet kunnen vastgesteld worden of het miskende voorschrift een gedragsnorm inhield die in de concurrentiestrijd in acht diende te worden genomen. Aldus zal een concurrentiedaad die tegen een op de Sitten en in rechte gefundeerde norm indruist, naast strijdig met de wet, ook met het concurrentierecht strijdig zijn (237). Hetzelfde geldt voor de inbreuk op normen die belangrijke gemeenschapswaarden beschermen (238).

Indien het voorschrift echter als "wertneutral" wordt aangezien, dan kan de bewuste en planmatige miskenning ervan, met het oogmerk zich een niet te rechtvaardigen voorsprong te verschaffen tegenover meer scrupuleuze concurrenten, strijden met de eerlijke concurrentieprincipes (239).

Het bewust handelen vereist dat de handelende persoon de feitelijke omstandigheden kende, het element planmatigheid vereist een zeker overleg om te komen tot het beoogde doel zonder dat dit zich echter dient te veruiterlijken in meerdere handelingen of in

(237) EICHMANN, Der Vorsprung durch eigenen Rechtsbruch, GRUR, 1967, 564 (565 e.v.); BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 342 e.v. bij § 1 UWG; ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, nr. 80 e.v.; BGH, 18 mei 1973, GRUR, 1973, 655, Möbelauszeichnung; BGH, 9 nov. 1973, GRUR, 1974, 281 (282) met verwijzingen, Clipper, beide met noot HEFFERMEHL.

(238) BGH, 29 nov. 1963, GRUR, 1964, 269 (271), noot HEYDT, Grobdesin; BGH, 16 nov. 1956, GRUR, 1957, 131 (136), Arzneifertigwaren; BGH, 29 jan. 1957, GRUR, 1957, 355, Spalltabletten; BGH, 27 febr. 1963, GRUR, 1963, 536, noot PIETZCKER, Iris. EICHMANN, a.c., GRUR, 1967, 564 (565-566).

(239) BAUMBACH-HEFFERMEHL, o.c., nr. 61 bij Einl. UWG; BGH, 22 febr. 1967, GRUR, 1967, 592, Gesunder Genuss en de in vorige noot aangehaalde uitspraken; ELSTER, o.c., blz. 71; LG Wuppertal, 1 juli 1970, ArchPR, 1971, 32.

een klare planning (240). In de goede zeden gegrond is elk gewichtig algemeen basisbeginsel der bestaande rechts- en economische orde (241). Aldus het recht op de naam krachtens § 12 BGB en § 16 UWG (242), het recht op de eerbiediging der persoonlijkheidsrechten (243).

343. Nederland.

In Nederland moet de overtreden wetsbepaling tot bescherming van de concurrent dienen ofwel dient nagegaan of de omstandigheid dat de wetsbepaling die overtreden werd en die niet tot bescherming van de mededinger strekt, niet inhoudt dat toch terzelfdertijd een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die de concurrent beschermt, werd misacht (het correctief van LANGEMEIJER) voornamelijk om zich aldus op de mededingers een ongewettigde voorsprong te verzekeren (244). Of dit echter zo ver gaat dat elk misachten van een wettelijke plicht tegenover een buitenstaander van de concurrentiestrijd

(240) Vgl. ULMER-REIMER, Unlauterer Wettbewerb, III, Deutschland, blz. 206; HEFERMEHL, noot sub BGH, 9 nov. 1973, GRUR, 1974, 281 (282) met verwijzingen; LG Wuppertal, 1 juli 1970, ArchPR, 1971, 32.

(241) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 61 bij Einl. UWG en nr. 343 bij § 1 UWG; ELSTER, o.c., blz. 71.

(242) BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 24 bij § 16 UWG; KOEBEL, Namensnennung in Massenmedien, JZ, 1966, 389; ROSENTHAL-BOHNENBERG, o.c., nr. 57; RG, 28 okt. 1910, RGZ, 74, 308, Graf Zeppelin.

(243) ULMER, o.c., blz. 35 e.v.; HUBMANN, Urheberrecht, blz. 68; EICHMANN, a.c., GRUR, 1967, 564 (569); BAUMBACH-HEFERMEHL, o.c., nr. 347 bij § 1 UWG; BAPPERT W., Copyright and Unfair Competition, in H.L.PINNER, o.c., I, blz. 259-260.

(244) ULMER-BACUMER-VAN MAANEN, Unlauterer Wettbewerb, II/2, Niederlande, nr. 70 en 71 e.v.; LANGEMEIJER, a.c., N.J.B., 1934, 617 (619) en a.c., N.J.B., 1940, 385 en 413.

als een onrechtmatige daad tegenover de concurrenten zal gelden, omdat de vereiste zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer hen verschuldigd, dit gebiedt, mag twijfelachtig heten. Uit de rechtspraak ontrent deze vragen blijkt dat de overtreden normen steeds binnen het economische terrein lagen en de concurrenten rechtstreeks of omwille van het algemeen belang betroffen, terwijl gevallen waarbij een duidelijke krenking van de subjectieve rechten van derden, met weerslag op de concurrentiestrijd, niet voorliggen (245).

GROEN (246), de enige auteur die deze vraag uitdrukkelijk stelt, meent dat de oplossing via een belangenafweging zal dienen te worden gevonden. "Er kan zeker een norm bestaan die de concurrenten verbiedt zich door bepaalde handelingen een voorsprong te verschaffen op hun mededingers. Of die norm in een concreet geval toegepast moet worden, hangt, lijkt mij, steeds van het concrete geval af."

Als oplossing geeft dit niet veel houvast. Veeleer moet worden nagegaan of, naargelang de aard van de verschillende rechten waarop de testorganisatie zich zou kunnen beroepen, aan de zich geschaad achtende mededinger een vordering krachtens art. 1401 B.W. kan toegekend worden. Onderzoeken wij dus eerst welke vereisten door

(245) De rechtspraak kent: inbreuken op het vestigingsrecht (daarover o.a. POLAK J.M., Enige Opmerkingen over de ongeoorloofde bedrijfsuitoefening als onrechtmatige daad, S.E.W., 1952, 297 e.v. en S.E.W., 1953, 335 e.v.; BEEKHUIS C.H., o.c., blz. 104-108), de concessiereglementering, de loterijwet en het cadeaustelsel (ULMER-BAEUNER-VAN MAANEN, Unlauterer Wettbewerb, II, 2, Niederlande, nr. 72 e.v.; LANGEMEIJER, a.c., N.J.B., 1940, 385 (390).

(246) a.c., Ars Aequi, XVIII (1969), 13 (19-20).

rechtsleer en rechtspraak dienaangaande gesteld worden. Vereist is de realisatie van de verschillende elementen van dit artikel : een onrechtmatige daad, schuld, een oorzakelijk verband tussen schade en schuld en tussen het doel der overtreden norm en het beschermd belang en tenslotte een schadetoebrenging.

Vooraf het eerste en het vierde element dienen hier nauwkeuriger onderzocht te worden. Zij zijn wellicht ook het meest controversieel.

Principieel stelt men dat de schade in de concurrentiestrijd door faire middelen moet worden toegebracht. Onfair wordt de concurrentiestrijd zo de zich geschaad achtende concurrenten door de norm waarop zij hun aanspraak steunen, ervan weerhouden werden op dezelfde manier te concurreren en zo de mogelijkheid ondenkbaar was dat de schade ook zou geleden zijn, als het middel waarvan de unfair handelende concurrent zich bediende, geoorloofd zou zijn geweest (247).

Directe bescherming aan de concurrenten van de inbreukmaker bieden noch het auteursrecht, noch het persoonlijkheidsrecht of het naamrecht van de testorganisatie. Vraag wordt dus of een ongeschreven norm, "gij zult het auteursrecht, het persoonlijkheidsrecht of het merkenrecht van een derde niet ten eigen nutte uitbuiten in de concurrentiestrijd, wanneer de derde daartegen gekant is en uw concurrenten daardoor schade lijden", aldus kan geformuleerd worden. Zeker is dat een faire concurrent de aldus gestelde zorgvuldigheidsnorm, die een inbreuk op de subjectieve rechten van een derde in zich betreft (248), zal onderhouden, omdat hij anders

(247) SLAGTER, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, blz. 295; LANGEMEIJER, a.c., N.J.B., 1940, 385 (396) en 413 (417 e.v.); Vgl. WOLFSBERGEN, o.c., blz. 106; SLAGTER, Preadvies, blz. 45-46.

(248) Ik rangschik hier, in navolging van een deel der Nederlandse rechtsleer elke krenking van een subjectief recht, van een anders rechtsplicht of elke inbreuk op de goede zeden, als een krenking van een zorgvuldigheidsnorm.

onrechtmatig handelt tegenover de testorganisatie. Bovendien mag worden aanvaard dat de schade (die reëel is, doordat gepoogd wordt het publiek van het doen van zaken met de concurrenten van de adverteerder afkerig te maken) hier op ongeoorloofde wijze wordt toegebracht: een in de ogen van het publiek, de testorganisatie, de rechtsorde en de concurrenten op zichzelf rechtmatig middel van voorlichting, wordt van zijn doel afgewend, tot het toebrengen van schade misbruikt door een concurrent. Dit is onzorgvuldig handelen in het maatschappelijk verkeer tegenover de persoon en de goederen van een concurrent (onrechtmatige daad). Kan men hieruit afleiden dat de overtreden zorgvuldigheidsnorm tevens beoogde de concurrenten van de adverteerder te beschermen?

Onverschillig is daarbij dat de testorganisatie al dan niet tegen de gevoerde reclame optrad: het feit dat zij mogelijk de schade-toebrenging aan haar naam of auteursrecht te gering acht of het risico van een geding niet wenst te lopen of een regeling trof met de adverteerder na het verschijnen van de reclame, verhindert de aanspraken van de gelaedeerde concurrent niet. De testorganisatie heeft een taak tegenover het publiek en een plicht van gelijke behandeling der mededingers. Komt zij hiaraan tekort, dan mag de betroffen concurrent niet weerloos gelaten worden. Geen overwegend belang kan ook toegekend worden aan het mogelijk persoonlijkheidsgebonden karakter van het gekrenkte recht in hoofde van de testorganisatie. De gekrenkte ongeschreven norm waarop de concurrent zich beroept steunt weliswaar op dit persoonlijkheidsrecht, doch het is slechts in de mate dat de indruk erop schade toebrengt aan een ander dan de titularis van dit recht, dat dient vastgesteld te worden of er een persoonlijkheidsrecht werd gekrenkt. De subjectieve rechten van de titularis blijven dus onaangetaast. Het zou bovendien onbillijk zijn de concurrenten weerloos te laten tegen aantastingen van hun concurrentiecapaciteit omdat de inbreuk erop gebeurt door aantasting van de rechten van een derde, hoewel deze concurrenten

daardoor manifest schade lijden en die schade het gevolg is van de onrechtmatige daad. Zoals hoger gezegd is de daad onrechtmatig omdat een middel van voorlichting van zijn doel wordt afgewend en als reclame wordt gebruikt tegen de wil in van de testorganisatie en in strijd met de normale verwachtingen van het publiek. De schadelijke gevolgen van zulk handelen kunnen aan de adverteerder worden toegerekend, omwille van het feit dat hij deze in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen miskende en hij moest weten dat hierdoor de concurrenten een niet te dulden schade zouden lijden in hun concurrentiecapaciteit. Daarom mag gesteld worden dat de norm ook de concurrenten beschermt en aldus kan worden geformuleerd (249). De rechter dient dus uiteindelijk nog slechts te beoordelen hoe zwaar de aantasting van de rechten van de testorganisatie was en of de weerslag daarvan op de concurrenten van de adverteerder hen schade toebracht die vatbaar is voor vergoeding.

§ 6. Samenvatting.

344. Resumeren wij tot slot de mogelijke verhaalsmiddelen van testorganisatie en concurrenten tegen niet toegestane reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek, naargelang de vormen die deze reclame aanneemt. De enkele verwijzing naar de tests is onrechtmatig tegenover de testorganisatie als uitbuiting van haar naam en goodwill, eventueel van de titel van haar publicaties. Omwille daarvan zal zij ook tegenover de mededingers onrechtmatig zijn bij vervuld zijn der verdere voorwaarden. Mogelijk zelfs kan deze reclame misleidend geacht worden of als vergelijkende reclame veroordeeld worden.

(249) Contra: BREEKHUIS C.H., c.c., blz. 110-111 die meent dat de criteria, waarvolgens een norm als Schutznorm kan worden beschouwd, gezien de verscheidenheid der wettelijke bepalingen te casuïstisch worden gesteld, terwijl een ongeschreven norm slechts zelden zal kunnen worden toegepast. Om de ruime opvatting te kunnen behouden acht hij een wetsbepaling noodzakelijk.

Het gebruik van uittreksels uit de waretests in de reclame, kan door de testorganisatie bestreden worden krachtens haar auteursrecht, zo geen citeerrecht kan ingeroepen worden en evenzeer als uitbuiting van naam en goodwill of als onrechtmatige daad. Op grond van de onrechtmatigheid tegenover de testorganisatie kan de reclame ook tegenover de concurrenten onrechtmatig worden geacht, die weerom ook het verbod van vergelijkende of misleidende reclame zouden kunnen inroepen.

Samenvattingen van testberichten vallen onder het adaptatierecht van de testorganisatie, eventueel ook onder haar morele rechten. Zo geen auteursrechtelijke bescherming voor de gevoerde reclame kan worden ingeroepen, is dit jegens de testorganisatie een onrechtmatige daad. Hierom en wegens oneerlijke reclame door verwijzing of misleiding kan de concurrent tegen de adverteerder optreden.

Het gebruik van volledige testberichten in de reclame druist in tegen het reproductierecht van de testorganisatie en eventueel tegen haar recht op haar goodwill. Tegenover de concurrenten is zij steeds een vorm van vergelijkende reclame.

Werd toelating verleend tot het maken van reclame met de testberichten dan is de adverteerder slechts bij misbruik aansprakelijk jegens de testorganisatie, en op grond van de aansprakelijkheid jegens de testorganisatie mogelijk ook tegenover de concurrenten.

Het verhaal van deze laatsten op grond van de concurrentiewetgeving tegen de adverteerder wordt door de toelating niet beroerd. Zo de testorganisatie het commercieel gebruik van haar testberichten toestond, dan mag zij daarbij haar plicht van neutraliteit niet uit het oog verliezen en mag zij bij het verlenen der toelating evenmin discriminerend te werk gaan, doch dient zij het gebruik ervan aan alle beoordeelden op voet van gelijkheid en volgens gelijke criteria toe te staan. Discriminatie zou kunnen strijden met de

regels inzake boycot, de grondwettelijke plicht van gelijke behandeling (250) eventueel zelfs de kartelwetgeving (251).

(250) In zoverre men aan dit recht een zekere Drittwirkung kan toekennen. De Belgische rechtspraak is hierin echter op het gebied der prijshandhaving erg breed, in zoverre zij met een beroep op art. 6 G.W. de prijsbinder verplicht tot gelijke behandeling van zijn afnemers, opdat het contract partijen zou binden. Zie: VAN GERVEN W., a.c., S.E.W., 1971, 404 e.v. Anders in Duitsland: Art. 3 GG bevat geen algemene plicht tot gelijke behandeling die tussen privépersonen geldt: PALANDT, o.c., nr. 1 bb bij § 242; STAUDINGER, o.c., § 242, A 359.

(251) Het valt echter zeer sterk te betwijfelen of een verbruikersorganisatie die slechts warentests doorvoert en verspreidt, onder de kartelwetgeving kan vallen. Daarover supra, deel I.

Appendix: Historiek van de reclame met vergelijkend warenonderzoek.

Het probleem der reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek is niet alleen op het vlak van de verbruikersverenigingen gesteld gebleven. In het buitenland is er daarover reeds door verschillende, zeer uiteenlopende instanties stelling genomen. Het sterkst opgemerkt werd een wetsvoorstel tot aanvulling van § 1 UWG, van 3 maart 1964 dat door de SPD-fractie in de Duitse Bundestag werd ingediend, doch dat in de economische commissie terzijde werd gesteld (252). Het luidde :

"(2) Die Bezugnahme auf Ergebnisse von Warenprüfungen durch Waren-testinstitute, deren Zweck die objektive und unparteiliche Aufklärung der Verbraucher über Beschaffenheit, Wirksamkeit, Tauglichkeit und Preiswürdigkeit von Waren und gewerblichen Leistungen ist, verstösst dann nicht gegen die guten Sitten, wenn die Gewähr dafür geboten ist, dass die Warenprüfung selbst nach wissenschaftlich anerkannten Methoden in Sachlichkeit und Unparteilichkeit erfolgt und die Bezugnahme das Prüfungsergebnis nicht unrichtig oder verzerrt wiedergibt. Der Bundesminister für Wirtschaft bezeichnet durch Rechtsverordnung namentlich diejenigen Institute, die Warentest-institute im Sinne des Satzes 1 sind." (253).

Verscheidende Duitse organisaties spraken zich uit tegen deze vorm van reclame. Aldus de Deutsche Vereinigung für den gewerblichen rechtsschutz und Urheberrecht (254); de Zentrallausschuss der Werbe-

(252) Daarover WILL, o.c., blz. 21, voetnoot 43 en blz. 143, voetnoot 8 met verwijzingen.

(253) Bespreking van dit initiatief treft men aan bij WILL, o.c., blz. 21 en 143; WEBER, Werbung mit Warentests, N.J.W., 1968, 1364; GIEFERS, a.c., WRP, 1964, 289; Gesetzliche Regelung der Werbung mit den Ergebnissen von Warentests ?, BB, 1964, 406; Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung und Warentestinstitut, DW, 1964, 33.

(254) GRUR, 1964, 598 (600).

wirtschaft e.v. (ZAW) (255); de Zentrale zur Bekämpfung unlauterer Wettbewerbs (256); het Bundesverband der Deutschen Industrie (257). In Nederland heeft de Reclameraad verboden in televisieuitzendingen te verwijzen naar de onderzoeken of de inhoud van vergelijkende warenonderzoeken van consumentenorganisaties (258). Ook de International Code of Advertising Practise (1966) houdt de reclame met referenties naar personen, firma's of instellingen zonder hun toestemming voor onrechtmatig (259). Toch heeft de Nederlandse Consumentenbond een wijziging voorgesteld van de daarop gebaseerde Nederlandse Code voor het Reclamewezen van het Genootschap voor Reclame, opdat het voor onbehoorlijk zou worden verklaard zo met de resultaten van haar onderzoek zou worden reclame gemaakt (260).

(255) Grundsätze für die Werbung mit vergleichenden Warentests, BB, 1965, 676 en WRP, 1965, 252.

(256) Bij monde van GREIFELT, zie: DW, 1964, 33.

(257) Rundschreiben nr. 131/65, gepubliceerd in GRUR ALT, 1965, 582. Daarover: MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (65 en 71).

(258) MARTENS, a.c., N.J.B., 1968, 61 (71); HARTIG, o.c., blz. 90. Vgl. l'usage commercial des rapports d'essai, International Consumer, 1968, nr. 2, 23 (25-26).

(259) Art. 5, tweede lid. Zie: Ing. Cons., 1964, 71 (74).

(260) GROEN, a.c., Ars Aequi, XVIII, (1969), 13 (17). Zie echter: Règles de conduite pour la publicité télévisée, Ing. Cons., 1964, 79 (83).

Enkele vaststellingen dienstig als besluit.

Gezien de heterogeniteit der verschillende hoofdstukken, naar hun feitelijk onderwerp, wat een grote diversiteit inzake de toepasselijke rechtsregelen meebracht, kunnen slechts weinig omvattende besluiten uit deze studie worden getrokken. Wij wensen ze daarom niet zo zeer besluiten te noemen, dan wel vaststellingen, dienstig als besluit. Tot deze vaststellingen kan mogelijk ook bij de behandeling van een van de hiervoor gemaakte totaal verschillende studie worden besloten, zij dringen er zich waarschijnlijk niet exclusief uit op.

1. Wat de informatie van de consument betreft, menen wij te mogen stellen, zowel op grond van de theoretische uiteenzetting in de inleiding, als uit de beschrijving van het op de informatie toepasselijke recht, dat het efficiënt informeren van de consument een hachelijke taak is. Niet alleen moet de verstrekte kennis rationeel en economisch relevant zijn, zij moet ook verstaanbaar zijn en voldoende precies. Zij moet overtuigend zijn en dus aanzetten tot handelen ernaar. Bovendien moet zij op de lange termijn een mentaliteitsverandering en een totale ommekeer in het marktgedrag bij de aangesprokenen teweegbrengen. Daar hiervoor vereist is dat de consument tot luisteren bereid is, moet zij zodanig gesteld zijn dat zij diegene die deze gesteltenis bezit niet afschrikt of ontmoedigt, en diegene die deze gesteltenis niet bezit, niet voorziet van of stijft in zijn vooroordelen. Zulke informatie heeft dus een dualistisch karakter: voldoende theoretisch gefundeerd en toch erg praktisch gericht: theoretisch en overtuigend; aanzettend tot kritisch overdenken en tegelijkertijd enigszins autoritair. Als dit dualisme een dilemma wordt voor de informant, is de neiging groot om één der twee polen overdreven te benadrukken. Kiest men voor de tweede, dan schiet

de informatie te kort in rationaliteit en verzwakt ze de aansporing tot kritisch overdenken. Kiest men voor de eerste pool dan wordt de luisterbereidheid van de consument ernstig op de proef gesteld en blijft mogelijk de verstrekte informatie zonder gevolg. Hieruit blijkt dat de informatie aan de consument een optimum is dat zeer moeilijk te benaderen valt. Dit wordt ook aangetoond door de beschrijving van het warenonderzoek en van de reclame. Minstens echter moet men aanvaarden dat een zeker drempel dient te worden bereikt, een evenwicht tussen beide polen in de informatie, zodat voldoende gegevens worden verstrekt ingekleed in een vormgeving die de beïnvloeding van de consument aannemelijk maakt, zodat zijn aankoopbeslissingen een nieuwe, rationeel verdedigbare motivering krijgen.

Anderen motiveren en opvoeden, hetzij voor een beweging, hetzij door een pleidooi pro domo, is een moeilijke taak, omdat het creëren van een spanningsveld van luisterbereidheid en wil tot handelen, veel langer dan de tijd der kennisname met de informatie moet duren, doch zich veralgemenen en leiden tot een mentaliteitswijziging, die de directe draagwijdte der verschillende informerende boodschappen ver overtreft. Dit bewerkstelligen door korte, fragmentaire en in de tijd gespreide kennisoverdrachten vereist zulke densiteit, zulke trefkracht van deze informatie, dat men weerom mag stellen dat hier een ideaal wordt geschetst, dat slechts kan worden benaderd.

Iets dat wij in samenhang hiermee menen te mogen benadrukken is dat de geloofwaardigheid van de informatie ook samenhangt met de voorstellingen die het publiek zich, terecht of ten onrechte, maakt of gemaakt heeft van de informant. Hij moet m.a.w. bewust in en door zijn informatie de opbouw nastreven van een image van eerlijke bezorgdheid om de informatie van de gebruiker. In de onderhavige studie hebben wij op grond van deze vaststelling richtlijnen gesteld voor het gedrag van warentestorganisaties, terwijl wij meenden aan adverteerders zulk image te moeten ontzeggen.

2. Ook wat betreft de wijze van definiëren van de door ons gebruikte economische begrippen menen wij een vaststelling te mogen maken. Steeds hebben wij gepoogd ideaal (dat in de werkelijkheid niet of slechts zelden en toevallig is gerealiseerd), de realiteit en de excessen te beschrijven. Om de excessen te duiden zijn wij uitgegaan van de toetssteen der realiteit, het realiseerbare en niet van het ideaal. Niet alleen omdat volmaaktheid niet van deze wereld is, zodat concreet gedrag ook aan haalbare maatstaven moet worden getoetst; bovendien menen wij dat deze studie hierdoor aan werkelijkheidsgetrouwheid zou gaan winnen. Ook met een visie die slechts wenst uit te gaan van de juridische realiteit hoeft dit niet te botsen. Zoals het recht in zijn diverse takken nooit een ideaal van perfecte concurrentie en een daarmee gepaard gaande ideale, perfecte marktdoorzichtigheid veronderstelt of opdringt, zo mag men ook niet afleiden uit het feit dat inzake aansprakelijkheid theoretisch strenge criteria gelden, dat het recht zou opteren voor een ideaal van waren-test of slechts ideaal vergelijkende reclame zou toegelaten zijn. Veeleer lijkt in deze een drempelwaarde te worden gesteld, die moet zijn bereikt en waarvan de hoogte verschillend wordt gesteld in functie van de persoon van de informant en de door hem op de eerste plaats nagestreefde belangen.

3. Een vaststelling die zich eveneens opdringt uit de voorgaande bladzijden is, dat in genen dele onderneming of ondernemer aanspraak kunnen maken op een recht op privacy of - in een afgezwakte vorm - op een principieel recht om niet vernoemd te worden of ongemoeid gelaten te worden. Niet alleen primeert in principe het recht van vrije meningsuiting op het recht op de handelszaak; bovendien lijkt dit te moeten volgen zowel uit een goed begrip van wat persoonlijkheidsrechten zijn, als van wat een

onderneming en de economische activiteit zijn (1).

4. Tenslotte mag men stellen dat in de rechtssystemen der drie beschouwde landen, de informatie aan de consument om zinnig en geoorloofd te zijn, moet voldoen aan de vereisten van onbaatzuchtigheid (daar deze onmogelijk kan worden bereikt in de reclame werd hier de eis van noodzaak gesteld), van objectiviteit en zakelijkheid. Wat betreft het bereiken van elk van deze vereisten in een voldoende mate, kan men dit voor een vergelijkend warenonderzoek en de niet-vertekende weergave van vergelijkende warenonderzoeken in de reclame, zonder meer als uitgangspunt aanvaarden. Omwille van de in principe hoger te waarderen belangen der testorganisatie, kan worden gesteld dat adverteerders geen gebruik van vergelijkende warenonderzoeken tegen de wil in der verbruikersorganisatie kunnen maken, en dat verbruikers geen recht op voorlichting uit vergelijkende warenonderzoeken door middel van reclame kunnen laten gelden. Wat de vergelijkende reclame betreft, kan worden besloten dat adverteerders in principe niet tot reclame in staat zijn die zou voldoen aan elk dezer vereisten, zodat zij kan aanspraak maken op de kwalifikatie noodzakelijk of dienstig te zijn voor de informatie van de verbruiker. Bij de beoordeling van dit uitgangspunt in een zich aandienend concreet geval dient echter soepelheid te worden betracht.

(1) Deze problematiek werd slechts summier vanuit deze hoek benaderd. Geen der werken die wij over de organisatie en de juridische karakterisering der onderneming nasloegen omtrent deze vraag bleek hierin een vraag te zien.

INHOUD BIJLAGEN

KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN
Nederlandse afdeling
FAC. RECHTSGELEERDHEID
BIBLIOTHEEK

I. Afkortingenlijst

II. Bibliografie

1. Boeken

2. Tijdschriftenartikels

III. Onuitgegeven Rechtspraak

1. België

Rb.Brussel, 29 oktober 1968, (fragment)

Rb.Brussel, 7 februari 1969

Brussel, 24 maart 1972

Rb.Brugge, 24 december 1974 (1)

Rb.Brugge, 24 december 1974 (2)

2. W.Duitsland

LG München, 16 maart 1971

LG Frankfurt, 13 september 1971, (fragment)

3. Nederland

Pres. Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962

Pres. Rb. 's Gravenhage, 27 juni 1966

Pres. Rb. 's Gravenhage, 15 augustus 1968

Rb. 's Gravenhage, 23 februari 1970

Pres. Rb. 's Gravenhage, 30 juli 1973

IV. Onderzoek- en Informatiecentrum van de Verbruikers -
organisaties - Statuten

V. Aangehaalde Wetteksten

I. LIJST DER GEBRUIKTE AFKORTINGEN

a.c.	Staat voor een reeds voluit geciteerde titel van een tijdschriftsartikel.
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Am tegericht
AGV	Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V.
Ann.	Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire
Ann. Liège	Annales de la faculté de droit de Liège
A.P.R.	Algemene Practische Rechtsverzameling
Arch PR	Archiv für das Presserecht
Arr. Rb.	Arrondissementsrechtbank
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebberaters
EB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Duitse Bondsrepubliek)
BGB	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
B.I.E.	Bijblad Industriële Eigendom
B.J.	La Belgique Judiciaire
B.Stbl.	Staatsblad

Bull.Hand.	Bulletin van de Handelsreglementering (Administratie van de Handel-Ministerie van Economische Zaken)
Bull. Lég.D.	Bulletin législatif Dalloz
Bull.Off.	Bulletin Officiel (Frankrijk)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
B.W.	Burgerlijk Wetboek
Cl. et B.	CLOES, J.R. et BONJEAN, R.: Jurisprudence des tribunaux de première instance
Corr.	Correctionele Rechtbank
D.	Recueil Dalloz, Sec. Jurisprudence
D.A.	Recueil Analytique Dalloz
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertatie
DM	Deutsche Mark - Erste Zeitschrift mit Warentests
D.H.	Recueil Hebdomadaire Dalloz
D.P.	Recueil Périodique Dalloz
D. Som.	Recueil Dalloz, Sommaires
DW	Der Wettbewerb
Einl.	Einleitung
E.S.B.	Economisch - Statistische Berichten
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gecit.	geciteerd
GG	Grundgesetz (der Duitse Bondsrepubliek)

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR AIT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (van 3 januari 1966; Duitsland)
H.R.	Hoge Raad
ibid.	Ibidem
Ing. Cons.	Revue de Droit intellectuel, l'Ingénieur Conseil
J.C.B.	Jurisprudence commerciale de Bruxelles sinds 1968:- de Belgique
Jur.com.Fl.	Jurisprudence commerciale des Flandres
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique)
Journ.L. & E.	The Journal of Law and Economics (The University of Chicago)
J.O.	Journal officiel (Frankrijk)
J.T.	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Koninklijk Besluit
Kooph.	Rechtbank van Koophandel
l.c.	loco citato
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel
M.B.	Ministeriëel Besluit

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o.c.	opere citato, staat voor verwijzing naar een boek
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Zwitserland)
Parl. Besch.	Parlementaire Bescheiden
Pas.	Pasicrisie belge
Pasin.	Pasinomie
P.P.	Pandectes périodiques
Pres.	President
Publ.El.EG.	Publikatieblad der Europese Gemeenschappen
Rabels Z	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rass.Prop.Ind.	Rassegna della Proprietà Industriale Letteraria Artistica
Rb.	Rechtbank van eerste aanleg
R.C.J.B.	Revue critique de jurisprudence belge
Rev.adm.	La Revue administrative
Rev.Banque	Revue de la Banque
Rev.dr.pén.	Revue de droit pénal et de criminologie

Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé
Riv.Dir.Comm.	Rivista del Diritto commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni
R.G.A.R.	Revue générale des Assurances et des Responsabilités
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen
R.M.Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
R.P.D.B.	Répertoire pratique de Droit belge
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.W.	Rechtskundig Weekblad
s.d.	sine dato
S.E.R.	Sociaal-economische Raad
StGB	Strafgesetzbuch
S.E.W.	Sociaal-economische wetgeving
Sw.	Strafwetboek
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (van 7 juli 1909, Duitsland)
vgl.	vergelijk
Voorz.	Voorzitter
VPK	Verbraucherpolitische Korrespondenz
VR	Verbraucher-Rundschau

W.	Wet een enkele maal: Weekblad van het Recht
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (mit Kartellrecht)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WZG	Warenzeichengesetz (van 5 mei 1936 - Duitsland)
ZAkdR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel (in citaten)
ZfbF	Zeitschrift für betriebswissenschaftliche Forschung
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZPO	Zivilprozessordnung

II. BIBLIOGRAFIE

1. Boeken

ABBOTT, Lawrence: Qualität und Wettbewerb. Ein Beitrag zur
Wirtschaftstheorie, München-Berlin, 1958.

Administratief Lexicon: Tw. Auteursrecht, door L.REMOUCHAMPS

Algemene Practische Rechtsverzameling: Tw. Schade en schadeloos-
stelling door Jan RONSE.

Algemene Practische Rechtsverzameling, Tw. Vereniging zonder
Winstoogmerk door Jan LINDEMANS

ARLET, Pierre: La consommation. L'éducation du consommateur,
Sarlat, 1939

ASSER, C. en RUTTEN, L.E.H.: Mr.C.Asser's handleiding tot de
beoefening van het Nederlandsch burgerlijk
recht. Derde deel - Verbintenissenrecht.
Tweede stuk. De Overeenkomst en de verbinte-
nis uit de Wet. Zwolle, 1961, 2e druk.

AUBEL, C(asper),P(etrus): Persoon en Pers, (diss.), Deventer,
1968.

BAUMBACH, A. en HEFERMEHL, Wolfgang: Wettbewerbs- und Warenzeichen-
recht.

Band I. Wettbewerbsrecht

Band II. Warenzeichenrecht

München-Berlin, 1964, 9e druk; 1974, 11e druk.

Overal is de negende druk gebruikt, zo de elfde druk werd
gebruikt is dit door het cijfer 11 aangegeven.

BECKER, Walter E.: Die koordinierte Spezialisierung in der
Industrie, Süchteln, 1963.

- BEEKHUIS, C.H.: Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelingen te bevatten, en zo ja, welke ? in: Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, 1963, I, Zwolle, 1963.
- BEERMAN, A.C.W.: Behoeft de Bescherming verleend door de Wetten betreffende den Industrieelen Eigendom eenerszijds en die verleend door art. 1401 B.W. anderszijds, in hare onderlinge verhouding nadere regeling? in: Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, 1941, 1.
- BEGEMANN, Günther: Rechtsfragen der Verbraucherberatung, (diss.), Hamburg, 1962.
- BELINFANTE A.D.: Beginselen van Nederlands Staatsrecht, Alphen a.d.Rijn, 1964, 8e druk 1971.
- BERKHOUWER, C.: Toelaatbare en Ontoelaatbare Reklame, Zwolle, 1954.
- BERGMANN, Reinhard: Vergleichende Werbung durch Wahrheitsgemässe Kritik, (Diss.), München, 1966.
- BISCHOP, F.: The ethics of advertising, London, 1947.
- BLOEMBERGEN, AUKE, REITZE: Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (Damages in the Law of Torts with summary in English), Utrecht 1965.
- BOCK, Hans-Dieter: Die Grenzen der Superlativreklame in deutschen, schweizerischen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, Köln-Marienburg, (1961).
- BOCK, J.: vide: ULMER et alii.
- BOCK, J. en SPECHT K.G. (Uitg.): Verbraucherpolitik, Köln-Opladen, 1958.
- BOEKMAN, Sonja: De Handelsnaam, (Diss.), Leiden 1956
- BOGAART, Eduardus: Titelbescherming, (Diss.), Amsterdam 1960.
- BORCK, Hans-Günther: Ueber die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit sogen. Querschnitt-Tests. Ein Gutachten

Schriften der Verbraucherverbände, Heft 6,
Beuel-Rhein, 1960.

BORRIE, G(ordon) en DIAMOND, Aubrey L.: The consumer, society
and the law, Pelican Books, London, 1963.

BOUDRU, Francine: Les activités de la Ligue des Familles Nombreu-
ses dans le domaine de l'information, l'éduca-
tion et la défense des consommateurs, Bruxelles,
(1963), stencil.

BOUKEMA, C.A.: Civielrechtelijke samenloop. In het bijzonder
tussen art. 1401 B.W. en andere wetsbepalingen,
Zwolle, 1966.

BOUKEMA, C.P.: Handelsmoraal en mededinging, Inaugurale rede,
Deventer, 1968.

BOUKEMA, Pieter Jan: Enkele aspecten van de vrijheid van menings-
uiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Neder-
land. Een rechtsvergelijkende studie, Zaandijk,
(1966).

BRAUCHE, Horst: Der Geschmacktest und seine Problematik, (Diss.),
Nürnberg, 1961.

BRAUN, Antoine, Précis des marques de produits, Bruxelles 1971.

BRAUN, Thomas et CAPITAINE, Albert: Les marques de fabrique et de
commerce, Bruxelles-Paris, 1908.

BRENNECKE, Helga: Der vergleichende Warentest. Eine Untersuchung
seiner Möglichkeiten und Grenzen im Hinblick auf
den Marktübersicht der Verbraucher, (diss.),
Göttingen, 1965.

BREWSTER, Arthur Judson en PALMER, Herbert Hall:
Introduction to advertising, New-York, 1941,
4e druk.

BRINKMANN, Heinz Volkert: Markttransparenz und Wettbewerbsrecht,
(diss.), Göttingen, 1963.

- BROOK, Caspar: Research by Consumers, London, 1961.
- BRUECKNER, Peter: Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, Köln, 1965.
- BURKENS, M.C.,: Gelijkheid voor de wet, inaug. rede, Alphen a.d.Rijn (1969).
- BUSSMANN, Kurt-PIETZCKER, Rolf-KLEINE, Heinz:
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Berlin, 1962, 3e druk. Geciteerd als: ELSTER,--.
- BUSSMANN, Kurt: Vergleichende Reklame und Warentest in rechtsvergleichender Sicht, Weinheim, (1964). Dit is een overdruk uit GRUR AIT, 1964, 196-201. Zie ook: SCHOENHERR, Frits.
- BUSSMANN, (Kurt) en DROSTE, Helmut: Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Grundriss der Werbung Bd. 1, Essen, 1951.
- CAMPBELL, Persia: The Consumer Interest. A Study in Consumer Economics, New-York, 1949.
- CAMPBELL, Persia: Consumer Representation in the New Deal, New-York, 1940.
- CHASE, Stuart en SCHLINK, F.J.: Your Money's Worth. A study in the waste of the consumer's dollar, London, 1927.
- CHEZZA, Jean-Claude: Tests comparatifs, Labels de qualité, Etiquetage d'information, (diss.), Mons, 1966.
- COHEN-JEHORAM, H.: Goodwill-Recht, Deventer, s.d.
- COLES, Jessie Vee: Standardization of Consumer's Goods. An Aid to Consumer-Buying, New-York, 1932.
- Congrès international de la Qualité: Rapports présentés aux journées d'études sur le contrôle et la certification de la qualité, Barcelone, 1961, s.l. n.d., stencil.
- COPBLAND, Melvin T.: Principles of Merchandising, Chicago-New-York-London, 1926, 4e druk.
- COPPIETERS de GIBSON, Pierre: La concurrence déloyale, in: Les Nouvelles: Droits intellectuels, Bruxelles, 1936.

- CORBET, J.: 1960-1964, Cinq ans de jurisprudence en matière de droit d'auteur, Bruxelles, s.d.
- CORBET, J.: 1965-1969, Cinq ans de jurisprudence en matière de droit d'auteur, Bruxelles, s.d.
- CRAMER, Arno: Die Polarität der Werbung, (diss.), Nürnberg, 1955.
- CROWN, P(aul): Legal protection for the consumer, New-York, 1965, 2e druk.
- DALCQ, Roger O.: Traité de la responsabilité civile.
I. Les causes de la responsabilité
II. Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation. in: Les Nouvelles: Droit civil, Tome V, Vol. I en II. Bruxelles, 1967, 2e druk.
- DE CALUWE, Aimé, DELCORDE, A. Claude en LEURQUIN, Xavier: Le droit de la concurrence, Tome I, Les pratiques du commerce, Bruxelles, 1973, 2 delen.
- DEKKERS, René: Précis de droit civil belge, Bruxelles, 1955, 3 dln.
- DEL MARMOL, Charley: La protection contre les abus de puissance économique en droit belge, Liège, 1960.
- DE PAEPE, Pol: Loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1971, Bruxelles 1971.
- DE PAGE, Henri en DEKKERS, René: Traité élémentaire de Droit civil Belge, Bruxelles, 1969, 3e druk.
- DE SAVORNIN LOHMAN, A.F.: Onze Constitutie, Utrecht, 1907, 2e druk.
- DITGEN, Peter: Der vergleichende Warentest als Instrument der Verbraucherinformation, (diss.), Köln, 1966.
- DONNER, A.M.: Dient de uitoefening van de grondrechten, welke meningsvorming, meningsuiting en informatie betreffen, grondwettelijk nader te worden geregeld?, Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging, 1969, Zwolle, (1969).

DRESEN, Paul: De vrije meningsuiting, (diss.), Amsterdam, 1949.

DUPLAT, Georges: Le journal. Sa vie juridique. Ses responsabilités civiles. Le droit de réponse, Paris-Bruxelles, 1929, 2e druk.

DORHOUT MEES, T.J. en VAN NIEUWENHOVEN- HELBACH:

Kort Begrip van het Nederlands Handelsrecht, Haarlem, 1973, 5e druk.

DRION-BLOEMBERGEN-JANSEN-STEIN-MARTENS-MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM: Onrechtmatige Daad, Deventer 1964 ff.

DRUCKER-BQDENHAUSEN-WICHERS HOETH: Kort begrip van het recht betreffende de industriële eigendom. Zwolle 1966, 4e druk.

EBERMAYER, Ludwig, LOBE, Adolf en ROSENBERG, Werner:

Strafgesetzbuch, Berlijn, 1954, 2 delen.

EICHMANN, Helmut: Die vergleichende Werbung, München, 1967.

ENNECCERUS, Ludwig en LEHMAN: Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen, 1958, 15e druk.

ENNECCERUS, Ludwig en NIPPERDEY, Hans Carl:

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübingen, 1959-60, 15e druk, 2 delen.

ESSER, Josef, : Schuldrecht, Karlsruhe, 1974, 4e druk.

ERMAN-GOERKE: Handkommentar zum BGB, Münster, 1972, 5e druk, 2 delen.

ERRERA, Paul: Traité de droit public belge. Droit constitutionnel - Droit Administratif, Paris, 1909.

FAGNART, Jean-Luc: Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile 1955-1969, Bruxelles 1971.

FREDERICQ, Louis: La concurrence déloyale, Gand 1935.

FREDERICQ, Louis: Handboek van Belgisch Handelsrecht, Bd. I, Bruxelles 1962.

- FIKENTSCHER, Wolfgang: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München-Berlin, 1958.
- FLICK, Friedrich-Karl: Der Qualitätswettbewerb im marktwirtschaftlichen System, Wiesbaden, (1966).
- FRANKE, Herbert W.: Manipulieren met mensen. De werking van de reclamepsychologie. Utrecht, Marka-boeken, (1967).
- FREY, A.W.: Advertising, New-York, 1953.
- FULOP, Christina: Consumers in the Market, London, 1967.
- FROMEIN, Wolfgang: Werbung mit Gutachten, diss., Köln, 1961.
- GAILLARD, John: A study of the fundamentals of industrial standardization and its practical application, especially in the mechanical field, (diss.), Delft, (1933).
- GALBRAITH, John Kenneth: The affluent society, New York, (1958).
- GALBRAITH John Kenneth: The new industrial state, Boston, (1967).
- GERMANN, Oscar Adolf: Bundesgesetz ueber den unlauteren Wettbewerb vom 30-IX-1943, Zürich, 1945.
- GIRAUD, Claude Henri: L'importance économique de la marque, (diss.), Limoges, 1965.
- GIRON, A.: Le droit public de la Belgique, Bruxelles, 1884.
- GIRON, A.: Dictionnaire de droit administratif et de droit public, Bruxelles, 1895-96, 3 delen.
- GODIN, Hans Freiherr VON en HOTH, Jürgen: Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und zum Zugabe- und Rabattrecht, (Sammlung Guttentag), Berlin, 1957.
- GOEDDE, Jürgen: Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, (diss.), Münster, 1966.
- GOTZEN, Frank: Het bestemmingsrecht van de auteur, Brussel, (1975).

- GOTZEN, Marcel: Van Belgisch naar Benelux-Merkenrecht, Brussel, 1969. geciteerd als: BMW.
- GOTZEN, Marcel: Vrijheid van Beroep en bedrijf & onrechtmatige mededinging, Brussel, 1963.
- GRASSMANN, Günther: Der Warenvergleich durch Verbraucherverbände, (diss.), München, 1964.
- GUTH, Ernst: Kollektive Verbraucherververtretungen in den USA, Marktwirtschaft und Verbrauch, Nürnberg, 1957.
- HAAKE, Felix: Darstellung und wirtschaftspolitische Bedeutung der Verbraucherschutz - Bewegung in den Vereinigten Staaten von Amerika, (diss.) Köln, (1954).
- HASSELDIECK, Hans-Dieter: Die Marktübersicht der Verbrauchers und ihre absatzpolitische Beeinflussung durch den Einzelhandel, (diss.) Berlin, 1957.
- HELLE, Ernst: Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, Tübingen, 1957.
- HEPNER, Harry Walker: Effective Advertising, New-York, 1949, 2e druk.
- HESBERG, Walter: Verbraucherberatung durch Konsumgütertests. Erhebungsbericht über die in den Vereinigten Staaten angewandten Methoden der Gebrauchswertprüfung, Untersuchungen des Instituts für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln, s.l., 1958.
- HODEIGE, Fritz (uitg.): Das Recht am Geistesgut. Studien zum Urheber-, Verlags- und Presserecht. Eine Festschrift für Walter Bappert, Freiburg-Breisgau, (1964).
- HOETINK, H.R., STEIN, P.A.: Arresten over Burgerlijk Recht, Groningen, 1972, 12e druk.

- HARTIG, Hanno: Vergleichende Warentests im Recht Deutschlands, Frankreichs, der Niederlande und Gross-Brittanien, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Frankfurt, 1973.
- HOFMANN, L.C., DRION H. en WIERSMA, K.: Het Nederlands Verbintenissenrecht. Groningen, 1971, 8e druk, 3 delen.
- HOUWING, Ph.A.N.: Geschriften van Houwing, Deventer, (1972).
- HUBER, Hugo Eugen: Vergleichende Warentests und unlauterer Wettbewerb, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich, 1970.
- HUBMANN Heinrich, Urheber- und Verlagsrecht. Ein Studienbuch. München-Berlin, 1966, 2e druk.
- HUBMANN, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, Köln, 1967, 2e druk.
- HUBMANN, Heinrich: Gewerblicher Rechtsschutz, München, 1974, 3e druk.
- HUNDHAUSEN, Carl: Werbung - Grundlagen. Sammlung Götschen, Berlin, 1969.
- HUNDHAUSEN, Carl: Wesen und Formen der Werbung, (Grundriss der Werbung), Essen, (1954).
- JOERG, Klaus, Peter: Die vergleichende Werbung. Ihre rechtliche Behandlung unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses des Grundgesetzes und der Marktwirtschaft, (diss.), Freiburg-Breisgau, 1966.
- JOETZE, Die sogenannte Superlativreklame in der Dogmatik des Werberechts, (Berliner Juristische Abhandlungen), Berlin, 1962.
- JONKER, Jan Hendrik: De rechtsverhouding tot de derde in de concurrentiestrijd, (diss.), Deventer, 1965.
- KAKEBEEKE-VAN DER PUT, M.A., Leugen en waarheid in het privaatrecht, inaug. rede. Deventer, (1970).

- JUNGBAECK, Manfred: Die vergleichende Werbung als Problem der Wettbewerbsordnung, (Griessener Beiträge zur Rechtswissenschaft), Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1970.
- KARP, Dieter: Das Wesen der vergleichenden Reklame, (diss.), Köln, 1963.
- KARSTENS, Werner: Wirkung und Wirkungsmöglichkeiten der Verbraucherverbände in Deutschland, Vertriebswirtschaftliche Abhandlungen, Berlin, 1964.
- KATONA, George: Massaconsumptie, Aula-Boeken, Utrecht, (1966).
- KATONA, George: De invloed van de consument, Markaboeken, Utrecht, (1964).
- KATZENBERGER, Paul: Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, Köln-Berlin, 1967.
- KELLER, Hans-Joachim: Der Warentest in der Rechtsordnung, (diss.), Frankfurt, 1966.
- KLEIN, Martin: Einführung in die DIN-Normen, Stuttgart, 1955.
- KLUY, vide: ULMER et alii.
- KOMEN, A. en Compendium van het auteursrecht, Deventer, 1970,
- VERKADE, D.W.G.: suppl. 1973.
- KOOPMANS, T.: Compendium van het Staatsrecht, Deventer, 1972.
- KRANENBURG, R.: Het Nederlands Staatsrecht, Haarlem, 1933, 4e druk, 2 delen.
- LARENZ, (Karl): Lehrbuch des Schuldrechts, I. Allgemeiner Teil, München-Berlin, 1968, 3e druk.
- LAVERGNE, Bernard: L'Hégémonie du Consommateur. Vers une rénovation de la science économique, Paris, 1958.
- LEIBHOLZ, G.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, RINCK, H.K.: Köln, 1968.
- LEISNER, Walter: Grundrechte und Privatrecht, (Münchener öffentlich-rechtliche Abhandlungen), München, MCMLX (1960).

- IERCHE, Peter: Werbung und Verfassung, München-Berlin, 1967.
- LINDEMANN Egbert: Markttransparenz und Preispolitik, Berlin, 1968.
- LOEFFLER, Martin: Presserecht. I. Allgemeines Presserecht
(II. Landespresserecht), München, 1968.
- LOHMEIER, Fritz: Der Warentest, (Grundriss der Werbung), Essen,
1959.
- MAILEY, Jacques: La normalisation (diss.), Paris, 1946.
- MANGOLDT, Hermann-KLEIN, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, Berlin
und Frankfurt 1957, 2e druk.
- MARIS, A.G.: Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten
aanzien van de civielrechtelijke werking van de
grondrechten, en, zo ja, welke ? Handelingen
der Nederlandse Juristenvereniging, 1969, Zwolle,
(1969).
- MARTINEAU, Pierre: Psychologie in de reclame, Markaboeken, Utrecht-
Antwerpen, 1965.
- MAUNZ, Theodor-DÜRIG, Günter: Kommentar zum Grundgesetz, München
und Berlin 1964.
- MATTHES, Detlef: Die Markentreue. Eine Analyse ihres Wesens und
dessen Bestimmungsfaktoren, (diss.), Erlangen,
1967.
- MEHLEM, Günther: Die Stellung des Verbrauchers in der Marktwirt-
schaft unter besonderer Berücksichtigung seines
Verhältnisses zur Warenqualität, (diss.), Ham-
burg, 1960.
- MEIJERS, E.M.: Algemene Leer van het Burgerlijk Recht.
Deel I: De algemene begrippen van het Burgerlijk
Recht, Leiden, 1948.
- MEINERS, Dieter: Ordnungspolitische Probleme des Warentests,
(Volkswirtschaftliche Schriften), Berlin, 1968.
- MEUWISSEN, D.H.M.: De Europese Conventie en het Nederlandse Recht,
Leiden, 1968.

- MEYNAUD, Jean: Acheter mieux. L'information objective du consommateur, Paris, 1961.
- MEYNAUD, Jean: Les consommateurs et le pouvoir, Lausanne, 1964.
- MEYNAUD, Jean: La défense des consommateurs dans les sociétés capitalistes, Montréal, 1968.
- MICHOUD, (Leon): La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Paris, 1932, 3e druk, 2 delen.
- MODEL, Otto en MUELLER, Klaus: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar, Köln, (1972), 7e uitg.
- MOREAU, Alfred: Traité de la concurrence illicite, Bruxelles-Paris, 1904.
- MUELLER, Albert: Moraal en Zakenleven, Antwerpen, 1952.
- MUELLER-HENNENBERG, Heinzen SCHWARTZ Gustav: GWB-Gemeinschaftskommentar, Köln, 1963, 2e druk.
- MULDER-MOK: Kartelrecht, Alphen aan den Rijn, 1962.
- NEUMANN, Franz L., NIPPERDEY, Hans C. en SCHEUNER, Ulrich : Die Grundrechte, Berlin, 4 delen, (1954-1967).
- NEYRINCK, Jacques en HILGERS, Walter: Le consommateur piégé, Paris-Bruxelles, (1973).
- NORDEMANN, Wilhelm en FROMM Friedrich-Karl: Urheberrecht, Stuttgart-Berlin, 1970, 2e druk.
- NORDEMANN, Wilhelm: Wettbewerbsrecht, Bonn, 1971.
- NOYON, T.J. en LANGEMEIJER, G.E.: Het wetboek van strafrecht, Arnhem, 1954, 6e druk.
- NYPELS, J.S.G. en SERVAIS, J.: Le code pénal belge interprété, Bruxelles, 1896-1899, 4 delen.
- OHIGART, (Dietrich Conrad): Wahrnehmungsberechtigter Interessen durch die Presse, (diss.), Hamburg, 1963.
- ORBAN, O.: Le droit constitutionnel de la Belgique. Liège, I (1906), II (1908), III (1911).

- OUD, P.J.: Het Constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, Zwolle 1967-1970, 2e druk, 2 delen.
- PACKARD, Vance: The hidden persuaders, La persuasion clandestine, vert. door CLAIREAU, Hélène, Paris, (1958).
- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche kurz-Kommentare, München, 1975, 34e druk door DANCKELMAN, Bernard, DIEDERICHSEN, Uwe, HELDRICH, Andreas, PUTZO, Hans, DEGENHART, Max, HEINRICHS, Helmut, KEIDEL Theodor en THOMAS, Heinz.
- PERNET, Denise: La protection des moyens de publicité, (diss.), Lyon, 1961.
- PFEFFER, H. en GERBRANDY, S.: Kort Commentaar op de auteurswet 1912, Haarlem, 1973.
- PFEFFER, H.: Grondbegrippen van Nederlandsch Mededingingsrecht, Haarlem 1938.
- PINNER, H.L.: World unfair competition law. An encyclopedia, Brussels, 1965, 2 delen.
- PIRSON, R. en DE VILLE, A.: Traité de la responsabilité civile extracontractuelle, Bruxelles, 1935, 2 delen.
- PITLO, A.: Het verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Haarlem, 1964, 6e druk.
- PLATEL, Marc: Het recht van antwoord in de communicatiemedia, Gent-Brussel, (1971).
- POIRIER, Pierre: Le Droit d'Auteur. Droit National et International des Auteurs. Le Droit du Compositeur de Musique. Bruxelles, 1938.
- POIRIER, Pierre: Code de la Presse et de l'imprimerie. Droit national et international des journalistes, Bruxelles, 1945.
- POLAK, J.M.: Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten en, zo ja, welke? Handelingen der

nederlandse Juristenvereniging, 1969, Zwolle,
(1968).

PROEVE Proeve van een nieuwe grondwet, 's Gravenhage,
1966.

QUIN, Claude, BONIFACE, Jean en GAUSSEL, Alain:

Les consommateurs, Paris, 1965.

RECHT, Pierre: Le droit d'auteur sur les exécutions publiques
des oeuvres musicales, I. Examen critique de la
jurisprudence, II. Recueil de décisions judiciai-
res. 1889-1959, Bruxelles, 1960.

RECHT, (Pierre): Le droit d'auteur en Belgique; la législation
belge mise en concordance avec la convention
d'union de Berne, Bruxelles, 1955.

RECHT, (Pierre): Le droit d'auteur; une nouvelle forme de pro-
priété; histoire et théorie, Paris-Gembloux, 1969.

RECHTE: Rechte der Verbraucher. Grundsätze zur Ver-
braucheraufklärung, Schriften der Verbraucher-
verbände, Bonn, (1960).

REBAZA, Jorge C.: Suggesting through Advertising, New-York, 1967.

REHBINDER, Manfr ed: Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Ver-
antwortlichkeit der Presse, Berliner Abhandlun-
gen zum Presserecht, Berlin, 1962.

REIMER, Dietrich: Persönliche und vergleichende Werbung in der
deutschen und französischen Rechtsprechung,
München-Köln, 1955.

REIMER, Eduard: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Berlin,
1954, 3e druk.

REINHARDT, Rudolf: Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit,
Tübingen, 1961.

RENARD, Claude, VIEUJEAN, Edouard en HANNEQUART, Yvon:

Théorie générale des obligations, La notion d'obligation. La formation des contrats et la capacité des parties contractantes, in: Les Nouvelles: Droit civil, Tome IV, Bruxelles, 1957.

RENAULD, Jean G.: Droit d'auteur et contrat d'adaptation, Bruxelles, 1955.

Répertoire Pratique du Droit belge:

deel II, Tw. Concurrence illicite;

deel IV, Tw. Droit d'Auteur;

deel VII, Tw. Liberté de la presse et droit de réponse;

deel VIII, Tw. Nom et prénom.

RICHTER, Rudi: Wirtschaftswerbung in der sozialen Marktwirtschaft, Wiesbaden, 1959.

RIGAUX, Marcel en TROUSSE, Paul: Les crimes et les délits du Code pénal, Bruxelles-Paris, deel 2, 1952, deel 4, 1963.

RIMANQUE, Karel: Preadvies over aantasting van eer en goede naam in het Belgisch Staatsrecht, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Zwolle, 1972.

geciteerd als: preadvies.

ROESSINGH, W.L.A.: vide: VAN BREE, G.W.G. en ~

ROCARD, Geneviève en GUTMANN, Colette: Sois belle et achète: La publicité et les Femmes, Collection Grand Format Femme, (Paris), (1968).

RONSE, Jan: Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, Brussel, 1954. geciteerd als: aanspraak.

- RONSE, Jan: Algemene Praktische Rechtsverzameling, Tw.
Schade en Schadeloosstelling, Brussel, 1957.
geciteerd als: schade.
- RONSE, Jan: De dwangsom in het Belgisch recht,
- RONSE, Jan: Vennootschappen, Leuven, 1972 .
- ROSENTHAL, Heinrich, BOHNENBERG, Heinrich en KAMNITZER, Bernhard:
Bürgerliches Gesetzbuch, Köln-Berlin-Bonn-
München, 1965.
- ROUBIER, Paul: Le droit de la propriété industrielle, Paris,
1952-1954, 2 delen.
- ROWSE, Edward J. en FISCH, Louis J.: Fundamentals of Advertising,
Cincinnati, (1943), 4e druk.
- SALEILLES, (Raymond): De la personnalité juridique. Histoire et
théorie. Vingt-cinq leçons d'introduction à un
cours de Droit civil comparé sur les personnes
juridiques, Paris, 1910.
- SAMUELSON, Paul A.: L'Economie. Techniques modernes de l'analyse
économique, traduction de GAIL FAIN, (Paris),
1964, 2 delen.
- SANDBROOK, N.T. en LIVESSEY, L.: Lane's Advertising Administration,
London, 1968, 4e druk.
- SCHEER, Bernhard: Deutsches Presserecht, Hamburg, 1966.
- SCHAAFSMA, (A.H.) en WILLEMZE, (F.G.): Modern kwaliteitsbeleid,
Amsterdam, 1954.
- SCHERHORN, Gerhard: Information und Kauf. Empirische Analyse der
"Markttransparenz", (Forschungsberichte des
Landes Nordrhein-Westfalen), Köln-Opladen, 1964.
- SCHMID, Johann Günther: Die vergleichende Reklame, (diss.), Winter-
thur, 1955.
- SCHOENHERR, Frits: Vergleichende Reklame und Warentest in rechts-
vergleichender Sicht, Weinheim, (1964). Dit
is een overdruk uit GRUR ALT, 1964, 177-196.
zie ook: BUSSMANN, Kurt.

- SCHOLTEN, Sigrid en THOMAS, Erwin: Warentest. Aus der Sicht von Handel und Industrie, DIHT-Schriftenreihe,
- SCHRICKER, Gerhard: Gesetzesverletzung und Sittenverstoss. Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung ausserwettbewerbsrechtlicher Normen, München 1970.
- SCHRICKER, G. en FRANCO, B. en WUNDERLICH, D.: La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté Economique Européenne, Tome II/1, Belgique-Luxembourg, Paris, (1974).
- SCHRICKER, Gerhard: vide: ULMER-SCHRICKER,--.
- SCHUERMANS, H.: Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentives de ce décret, Bruxelles, 1881-82, 2e druk, 2 delen.
- SCHUIND, Gaston: Droit criminel, Bruxelles, 1942, 3e druk, 2 delen.
- SCHWARZENFISCHER, J.: Der Leistungswettbewerb,
- SLAGTER, W.J. : De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Den Haag 1952.
- SLAGTER, W.J.: Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen te bevatten, en zo ja, welke ? In "Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1963, Ia", Zwolle.
- Sociaal-Economische Raad: Advies m.b.t. de problematiek van het door de overheid te subsidiëren vergelijkende warenonderzoek, ('s Gravenhage), 1966.
geciteerd als: S.E.R.-advies.
- Sociaal Economische Raad: Advies over het vraagstuk van de prijsinformatie aan de consument, ('s Gravenhage), 1967.
- SPECHT, K.G.: vide: BOCK J. en --

- STAUDINGER: Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, sinds 1954, 11e druk is bezig te verschijnen.
geraadpleegd werd: Band I, BRAENDL, Frans en COING, Helmut: Allgemeiner Teil (1957) Band II WEBER, Wilhelm: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b (1961).
- STEMERDING, Arend: Vorming, voorlichting, beïnvloeding in de moderne maatschappij. Aula-boeken, Utrecht, (1967).
- STONIER, A.W. en HAGUE, D.C.: Leerboek van de economische theorie, Leiden, 1962.
- STROTHOFF, Hans-Jürgen: Werbung in Wirtschaft und Recht, (diss.), Hamburg, 1964.
- STUYCK, Julien: Agressieve Verkoopmethoden. Rechtsvergelijkende studie in verband met de bescherming van de consument tegen onbehoorlijke beïnvloeding door de detailhandel, Leuven, 1975.
- TAK, Antonius Quirinus Cornelis: Het huisrecht. The Inviolability of the home (diss.), Hoenderloo, 1973.
- TETZNER, Heinrich: Kommentar zum UWG, Köln, 1957, 2e druk.
- ULMER, Eugen: Urheber- und Verlagsrecht, Berlin, 1960, 2e druk.
- ULMER, Eugen et alii: Vergleichende Warentests, F.I.W.-Schriftenreihe, Köln, 1964.
- ULMER, Eugen: Das Recht der unlauteren Wettbewerb in den Mitgliedstaaten der EWG, I, Rechtsvergleichende Darstellung, München-Köln, 1965.
- en SCHRICKER, Gerhard: id., II/1, Belgien, München, 1967.
- en WUNDERLICH, Detlef: id., II/1, Luxemburg, München-Köln, 1967.
- , BAEUMER, Ludwig en VAN MAANEN: id., II/2, Niederlande, München-Köln, 1967.

- en REIMER, Dietrich: id., III, Deutschland, München-Köln, 1968.
- en KRASSER, Rudolf: id., IV, Frankreich, München-Köln, 1967.
- en SCHRICKER, Gerhard: id., V, Italien, Köln, 1965.

VAN BAARLE, (Willem Hendricus), ZEYLSTRA, C.W.: Reclame.

Principes en Praktijk. Leiden, 1964.

VAN BEMMELEN-VAN HATTUM: Strafrecht, Groningen, 1971, 4e druk.

VAN BUNNEN, Louis: Aspects actuels du droit des marques dans le
Marché commun, Bruxelles 1967.

VAN BREE, G.W.G. en ROESSINGH, W.L.A.: Het archief van de Neder-
landse Consumentenbond, 1952-1965, Uitgaven van
het Algemeen Rijksarchief, 's Gravenhage, 1967.

VANDENBERGHE, Hugo: De eer en de goede naam in het Belgisch pri-
vastrecht, Preadvies Vereniging voor de verge-
lijkende studie van het recht in België en Ne-
derland, Zwolle, 1972.

geciteerd als: preadvies.

VAN DER HOEVEN, J.: Dient de uitoefening van de grondrechten, welke
meningsvorming, meningsuiting en informatie be-
treffen, grondwettelijk nader te worden geregeld?
Handelingen der nederlandse juristenvereniging,
1969, Zwolle, (1968).

VAN DER POT, C.W. en DONNER, A.M.: Handboek van het Nederlands
staatsrecht, Zwolle, 1972, 9e druk.

VAN EMDE BOAS, M.J.: De invloed van de Europese Conventie tot be-
scherming van de rechten van de mens en de funda-
mentele vrijheden in de nederlandse rechtsorde,
Zwolle, 1965.

VAN GERVEN, Walter: Het toegeven van premies in het Klein Europees
handelsverkeer, Brussel 1960.

VAN GERVEN, Walter: Beginselen van Belgisch Privaatrecht, tome I.
Algemeen Deel, Antwerpen 1969.

- VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W.: Belgisch Strafrecht, Gent, 1968,
3 delen.
- VAN ISACKER, Frans: De exploitatierechten van de auteur, Brussel,
1963. geciteerd als: exploitatierechten.
- VAN ISACKER, Frans: De morele rechten van de auteur, Brussel, 1961.
geciteerd als: morele rechten.
- VAN MEERHAEGHE, M.A.G.: Economie. Een kritisch handboek, Leiden,
1970, 6e druk.
- VAN PANHUYS, H.G.: Het verdrag van Rome, de Reclame en de commer-
ciële Televisie, 's Gravenhage, 1962.
- VAN RIJCKEGHEM, Willy en alii: De (on)macht van de consument,
Studium Generale, Rotterdam, 1970.
- VAN RYN, J.: Principes de droit commercial, Bruxelles, 1954,
3 delen.
- VAN WAGENINGEN, J.: Behoeft de bescherming, verleend door de
wetten betreffende den industrieelen eigendom ee-
nerzijds en die verleend door art.1401 B.W. an-
derzijds, in hare onderlinge verhouding nadere re-
geling ? Handelingen Nederlandsche Juristen
Vereniging, 1941, I.
- VAN SCHAIK, Th.E.E.: De oneerlijke concurrentie uit strafrechte-
lijk oogpunt beschouwd, Nijmegen-Utrecht 1946.
- VELDKAMP, Pieter Martinus: De Toepassing van artikel 1401 B.W. op
de onbehoorlijke mededinging, (Diss.), Amsterdam,
1940.
- VERSHOFEN, Wilhelm: Handbuch der Verbrauchsforschung, Berlin, 1940.
- VLIBERGH, Hubert: De Belgische Grondwet, Antwerpen-Utrecht, (1973).
- VOETELINK, H.M.: Toelaatbare en ontoelaatbare reclame, Zwolle,
1954.
- VOIGT, (Günter) en BERNAUER, (Walter): Der Verbraucher im Gemeinsamen
Markt, Baden-Baden, 1963.

- VON BRAUNSCHWEIG, Christa: Der Konsument und seine Vertretung. Eine Studie über Verbraucherverbände, (Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik a.d. Universität Mainz), Heidelberg, 1965.
- VON BUEREN, Bruno: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30-IX-1943, Zürich, 1957.
- VON GAMM, Otto-Friedrich: Urheberrechtsgesetz. Kommentar, Berlin-München, 1968.
- VON MUENCH, Ingo: Grundgesetz, Kommentar, (Frankfurt-Main), (1974).
- VON RICHTHOEEN, Hermann: Zulässigkeit und Schranken vergleichender Warentests zur Verbraucheraufklärung, (diss.), Köln, 1963.
- WENZEL, Karl-Egbert: Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Köln, 1967.
- WERNER, O(lav): Zulässigkeit und Grenzen der objektiv vergleichenden Werbung, (diss.), Köln, 1967.
- WIEHERS HOETH, Leo: Kort Commentaar op de Benelux merkenwet, Zwolle, 1970.
- WIGNY, Pierre: Droit constitutionnel. Principes et droit positif, Bruxelles, 1952, 2 delen.
- WIJNSTROOM (J.J.) en PEREMANS (J.L.A.): Het auteursrecht, Zwolle, 1930.
- WILL, Michael R.: Warentest und Werbung, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg, 1968.
- WINK, Th.: Auteursrecht in Nederland, Amsterdam, 1959, 5e druk.
- WOLFSBERGEN, A.: Onrechtmatige daad, Leiden, 1946.
- XXX: Aspects de la normalisation aux Etats-Unis et en Europe, Paris, 1953.
- XXX: Le droit à l'information, Bruxelles, s.d.

XXX: Klant en Klacht. Handelwijzen van consumenten bij klachten over elektrische huishoudelijke apparaten en de behoefte van consumenten aan een advies instantie voor klachten over gekochte goederen in het algemeen, Wageningen, 1969.

XXX: Normalisatie. Groei en Betekenis, Brussel, s.d., (stencil).

XXX: Der zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika, (Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht), Tübingen, 1960.

ZEVENBERGEN, Willem: Formeele Encyclopaedie der Rechtswetenschap als inleiding tot de rechtswetenschap, 's Gravenhage, 1925.

ZEYLISTRA, C.W.: vide: VAN BAARLE en -.

2. Tijdschriftartikelen

- ACKROYD, E(lisabeth): How to reach consumers, E.S.B., 1966, 1307.
- ANTONI, Manfred: Die vergleichende Werbung, BB 1962, 1171.
- ARNDT, Adolf: Umwelt und Recht, NJW, 1964, 1312.
- ARONSTEIN, Serge: Défense de la vie privée. Essai pour contribuer à la survie de notre civilisation, J.T., 1971, 453.
- BALLON Luc: Is het merkenrecht een nuttig instrument van verbruikersvoorlichting? T.P.R., 1971, 351.
- BALLON Gabriël-Luc: De voorschriften nopens de prijsaanduiding in de nieuwe wet op de handelspraktijken, T.P.R., 1972, 239.
- BASILE, J.: Les moyens d'information du consommateur, Symposium Imarco, 1969, 7.
- BECK, A.: Informatieve Etikettering, E.S.B., 1966, 1317.
- BEEKHUIS, C.H.: Nog eens het 'Ja zuster, nee zuster'-arrest. R.M. Themis, 1972, 7.
- BEEKHUIS, J.: Produktaansprakelijkheid, Op de grenzen van komend recht, 55.
- BEEB, E.R. en EWING, J.S.: Business appraisals consumer testing agencies, Harvard Business Review, 1954.
- BEHRENS, Friedrich-Stephan: Die überforderte Markttransparenz, WRP, 1962, 27.
- BEIER, Friedrich-Karl: Lettre de la république fédérale d'Allemagne, J.C.B., 1969, 490.
- BIELER, Frank: Gedanken zur Tiefenpsychologie und zum Grundsatz der Sachlichkeit der Werbung, GRUR, 1972, 530.
- BLOEMBERGEN, A.R.: Onrechtmatige daad: publicatie van het vonnis; recht op rectificatie, N.J.B., 1964, 374.
- BOCK, Cornel J.: Möglichkeiten und Grenzen des Warentests, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, 1965, 109.

- BOCKEN, Hubert: Ook de individuele verbruiker kan de vordering tot staking instellen voorzien bij artikel 57 van de wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken. T.P.R., 1963, 533.
- BODMER-LENZIN, Walter: Vergleichende Qualitätsprüfung, MA, 1963, 1031.
- BOFINGER, O.: Der vergleichende Warentest als Meinungsäusserung im Sinne des Art.5 GG, NJW, 1965, 1833.
- BOHRER: Freiheit für vergleichende Werbung, MA, 1956, 345.
- BOLLACK Gerd: Die Urhebervermutung im neueren Urheberrechtsgesetz, GRUR, 1967, 21.
- BOLLACK, Gert: Zur Problematik der Warehauswahl beim Warentest, NJW, 1963, 986.
- BONASI BENUCCI, Eduardo: Liceità del Warentest, Rev. dir. comm., 1963, 473.
- BORCK, (Hans Günther): Bestehen rechtliche Bedenken gegen die Veröffentlichung sogenannter Querschnitt-Tests durch Verbraucherorganisationen? , WRP, 1959, 344.
- BORCK, Hans Günther: Vom Querschnitt-test zum vergleichenden Warentest, WRP, 1962, 359.
- BORCK, Hans-Günther: Bezugnehmende Werbung, Versuch einer Bestandsaufnahme, WRP 1961, 1 en 70.
- BORCK, Hans-Günther: Vergleichende Werbung und kein Ende, WRP 1962, 249.
- BORCK- Hans-Günther: Der vergleichende Warentest in der Werbung, WRP 1963, 149.
- BORCK, Hans-Günther: Mutmassungen über vergleichende Werbung, Warentests und die weitere Entwicklung, WRP 1965, 199.

- BOUKEMA, P.J.: Vrijheid van meningsuiting en artikel 7 van de Grondwet, R.M.Themis, 1969, 119.
- BREGSTEIN, Marcel-Henri: Moet vergelijkende reclame als onoirbaar worden aangemerkt ? in: Verzameld Werk, deel 2, 371 oorspronkelijk: WPNR, 1953, 4303-4-5-6.
- BRINKMANN, Heinz-VOLKER: Markttransparenz und vergleichende Werbung, WRP 1963, 230, 268 en 281.
- BROICHAUSEN, Karl: Umstrittene Warentests, MA, 1962, 836.
- BROOK, Caspar: Consumer education and -relations in Great Britain, IOCU-Bulletin, 1964, nr. 27,30.
- BROOK, C.F.: Eine unabhängige Konsumentenorganisation und ihre Finanzierung, MA, 1963, 1040.
- BURHENNE, Lothar: Vergleichende Reklame, NJW, 1952, 249.
- BUSSMANN, Kurt: Die Bezugnahme auf den Mitbewerber in der eigenen Werbung, ZAKd R 1935, 841.
- BUSSMANN, (Kurt): Unlauterer Wettbewerb bei neuen Werbemethoden, NJW, 1952, 684.
- BUSSMANN, Kurt: Wissenschaftliche Arbeiten und Wissenschaftler im Wettbewerb, WRP, 1956, 121.
- BURMANN, Hans F.: Haftung für Werbung und Wettbewerb, WRP, 1974, 68.
- BRYNHI, Aege: Some general aspects on product testing, International Consumer, 1965, nr. 5-6,8.
- BUSSMANN, Kurt: Im Arbeits- und Dienstverhältnis geschaffene Werke, in HODEIGE Fritz (uitg.), Das Recht am Geistesgut, blz.13.
- CALEWAERT, Willy: Het recht tot antwoord, R.W., 1961-62, 241.
- CALLMANN, R.: Der Warentest in den USA, GRUR AIT, 1963, 193.
- CAMPEN H., Onrechtmatige daed en pers, N.J.B., 1938, 619.

- CAPART, M.: Du droit pour une association sans but lucratif de posséder et de déposer des marques de fabrique, *Ing.Cons.*, 1931, 57.
- COHEN, Dorothy: Reclame en Bescherming van de consument, *Synopsis*, 1969, nov. dec., 73.
- COING, Helmut: Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, *JZ*, 1958, 558.
- COING, Helmut: Droit à l'honneur et droit d'information en droit allemand, in: *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, II, 399.
- CROWTHER, Roger: Choosing and handling a laboratory, *International Consumer*, 1965, nr. 5-6, 2.
- DASSEN, J.M.H.: Het rechterlijk bevel (verbod) en de vrijheid van meningsuiting, *N.J.B.*, 1970, 492.
- DE BOOR, Hans-Otto: Gesetzesauslegung und Technik im Urheberrecht, *Festschrift für Hans Niedermeyer*, 31.
- DE CAJUWE, Aimé: La loi sur les pratiques du commerce, le premier pas vers une réelle éthique économique. La loi sur les pratiques du commerce: un code ? une éthique ? *Imarco, Symposium 1972*, 8.
- DE GROOTH, G.: De Relevantie van de waarheid van mededelingen in de mededinging, de *N.V.*, 1953-54, (XXXI), 1.
- DE GRUYSE, Ludovic: La publicité comparative en droit belge, *Ing.-Cons.* 1972, 99-107.
- DE LIEDEKERKE, Jacques: La protection de la personnalité en droit privé belge, *J.T.*, 1959, 413.
- DEL MARMOL, Charley: Le Boycottage commercial en droit privé, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1956, 79.
- DEL MARMOL, Charley: La liberté du commerce en droit belge, *J.T.*, 1953, 65.

- DE PEUTER, J.: Inleiding tot de studiedag betreffende het commerciële misdrijf, een misdrijf zonder straf, Colloquium over economisch strafrecht, Turnhout, 6 dec. 1972.
- DERENBERG, Walter J.: Konsumentenschutzbewegung und "altmodischer kaufmännischer Anstand", GRUR AIT, 1972, 1.
- DERINE, Raymond: Hinder, R.W., 1967-68, 1965.
- DE VISSCHER, Paul: Les libertés économiques et sociales et la révision de la Constitution, Ann. Dr. Sc. Pol., 1952, 305.
- DE VROEDE Paul en MAES, Jean-Pierre: Het begrip "Handelspubliciteit" - Bedenkingen bij art.19 van de wet betreffende de handelspraktijken, R.W., 1975-76, 129.
- D'HALLUIN, André: Reclame in het spanningsveld tussen adverteerder, verbruiker en mededinger, R.W. 1973/74, 897.
- DRION, H.: Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting, Op de grenzen van komend recht, 91.
- DROSTE, Helmut: Grenzen der Superlativ-Werbung, DB 1954, 736.
- DROSTE, Helmut: Warentest in Zukunft, GRUR, 1965, 219.
- DROSTE, Karl: Die Generalklausel des § I UWG und das Richterrecht, DB 1963, 719.
- DROSTE, Karl: Die Generalklausel des § I UWG und das Richterrecht - Eine methodische Untersuchung mit besonderem Hinblick auf die Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, DB 1963, 719.
- DROSTE, Karl: Moral und Sitte im Wettbewerb - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, WRP 1964, 65.
- DROSTE, Karl: Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern? - Eine Erwiderung - Zugleich ein Beitrag zur Notwendigkeit einer methodischen Rechtsprechung auch im Bereich des UWG, WRP 1964, 300.

KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN

Nederlandse afdeling

FAC. RECHTSGELEERDHEID

BIBLIOTHEEK

- DROSTE, Karl: Gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung? - Kritische Stellungnahme zum Bericht der Bundesregierung, DB 1964, 503.
- DROSTE, Karl: Zum Begriff des "Sittenwidrigen" im Wettbewerb, WRP, 1965, 35.
- J.E.: Réponse au journal sans papier, J.T., 1969, 369.
- BECKHOUDT, Jean: Radio, Télévision, Droit de réponse, J.T., 1969, 227.
- BECKHOUDT, Jean: La loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, J.T., 1962, 597.
- EICHMANN, Helmut: Der Vore sprung durch eigenen Rechtsbruch, GRUR, 1967, 564. Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbepraxis, GRUR, 1964, 57.
- EIKE VON HIPPEL: Grundfragen der Verbraucherschutz, JZ, 1972, 417.
- EIKE VON HIPPEL: Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit im amerikanischen und deutschen Recht, RabelsZ, 1969, 276.
- EMMERING, Ed.: Onrechtmatige daad en pers, N.J.B., 1938, 213.
- ERDSIEK, Gerhard: Die Pressefreiheit in der Rechtspuchung, Festschrift für H.C.Nipperdey zum 70.Geburtstag, 257.
- ERDSIEK, Gerhard: Zur Entwicklung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, N.J.W., 1962, 622.
- ERDSIEK, Gerhard: Beschränkung der Kritik auf dem Gebiet der Waren tests durch hohe Streitwerte, NJW, 1964, 912.
- ESMEIN, A.: L'origine de la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev. trim. dr. civ., 1903, 33.
- EVRARD, J.J.: A propos de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, J.T., 1974, 621.
- FAFFA, Jean-Claude: Comment et pourquoi tester vos produits?, International Marketing, (1969), nr. 171, 67.

- FAUCONNIER, Guido: De reclame: sociaal-economische en ethische beschouwingen, Cepess-Documenten, 1963, nr. 5, 61.
- FELDMANN, Karl: Die "Vergleichende Werbung" und § 1 UWG, BB, 1963, 673.
- FRANCESCHELLI, Remo: Concurrence, monopole et formes de marché au point de vue juridique, Rev. trim. dr. comm., 1967, 667.
- FRANCK, Pierre-A.: Jambon d'Ardenne, J.T., 1974, 348.
- FRANCO, Bernard: La préconisation d'emploi dans le cadre des pratiques du commerce, et notamment de la publicité, Ing.-Cons. 1972, 114.
- FREDERICQ, Jacques: Le droit de réponse en matière scientifique, artistique et littéraire, J.T., 1958 1.
- FRITZE, Ulrich: Wettbewerb und Grundrecht der freien Meinungsäußerung, NJW, 1968, 2358.
- FRONTARD, R.: The Consumer and Standardization, International Standardization, June 1967, 14.
- GANSCHOF VAN DER MEERSCH, W.: Het rechtsstelsel van radio en televisie en de grondwettelijke vrijheden, R.W., 1961-62, 2337.
- GERMANN, O(scar) A(dolf): Zum Verhältnis zwischen Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, in: Festschrift für Walther Hug, Bern, 1968.
- GERBRANDY, S.: De vrijheid van meningsuiting en het burgerlijk recht, R.M. Themis, 1969, 97.
- GERBRANDY, S.: Het persoonlijkheidsrecht van de auteur, N.J.B., 1964, 989.
- GEIGER, E. en HEYN, A.: Zur Zuverlässigkeit vergleichender Waren-tests, MA, 1963, 487.

- GIEPERS, Hans-Werner: Werbung mit Testergebnissen, WRP 1964, 289.
- GILLES, J(oseph): La publicité sert-elle le consommateur ? Reflets et perspectives de la vie économique, 1965, 277.
- GILTAY VETH, D.: Het recht op rectificatie en het Verdrag van Rome, N.J.B., 1970, 157.
- GLASTRA VAN LOON, J.F.: Objectiviteit, Speculum Langemeijer, Zwolle, 1974, 125.
- GOEDDE, Jürgen: Grenzen und Zulässigkeit der Werbung mit Waren-tests, DB, 1967, 1074.
- GOTZEN, Marcel: Eisers en verweerders in de vordering tot staken van onrechtmatige mededinging. Economisch en financieel recht vandaag II, Gent 1973, p.265.
- GOTZEN, Marcel: Le consommateur peut-il intenter à titre individuel l'action en cessation prévue par l'article 55 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce?, J.T., 1974, 260.
- GREIFELT, Kurt: Freiheit für vergleichende Werbung ? Wettb. 1956, 85.
- GREIFELT, Kurt: Wirtschaftliche Gesichtspunkte zur vergleichenden Werbung, WRP 1962, 143.
- GREIFELT, Kurt: Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung und Warentestinstitut, Wettb. 1964, 33.
- GRIESBACH, Bernhard: Denaturierte Markttransparenz, DB, 1961, 1621.
- GROEN, H.A.: Onrechtmatigheid van reclame met resultaten van vergelijkend warenonderzoek, Ars Aequi, (1969), XVIII, 38.
- GROENEWEGEN, G.: Verbruikscööperaties en consumenten-problematiek, E.S.B., 1967, 14.
- HARMSEN, Peter: Die neuere Rechtsprechung des BGH zur vergleichenden Werbung, GRUR, 1971, 239.

- HARTMANN, Peter: Zulässigkeit vergleichender Werbung. NJW 1963, 517.
- HARTMANN, Jürgen: Der Testkäufer in der Rechtsprechung, WRP, 1963, 351.
- HAYOIT DE THERMICOURT, R(aoul): Le délit de presse, P.P., 1938, 395.
- HEALY, Maurice: Taste testing, International Consumer, 1963, nr. 23, 15.
- HEERTJE A.: Macht op de markt, SEW, 1968, 461.
- HEFERMEHL, W(olfgang): Der Warentest in rechtlicher Sicht, GRUR, 1962, 611.
- HEISEKE, J(ürgen): Werbung mit vergleichenden Warentests, WuW, 1967, 19.
- HELLE, Ernst: Ueber öffentliche vergleichende Warentests und die Grenzen ihrer Zulässigkeit, NJW, 1962, 1177.
- HELLE, Ernst: Boykott und Meinungskampf, NJW, 1964, 1497.
- HEMARD, Jean: Wettbewerbsrecht und Schutz der Verbraucher in Frankreich, GRUR AIT, 1972, 108.
- HENNEKENS, H.Ph. J.A.M.: In hoeverre is in het Nederlandse Recht vergelijkende Reklame toelaatbaar ?, Ars Aequi, XV, (1966), 1.
- HEYDEN, Frank: Vergleichender Warentest, Schweiz JZ, 1968, 1.
- HEYMANN-HEBARD, J.L.: Zensurverbot und zulässige Einschränkung der Pressefreiheit ausserhalb der Bundesrepublik, UFITA, Bd. 58, (1970), 43.
- HOETTLER, Rainer: Wirkungen neutraler Warentests auf Industrie und Handel, MA, 1963, 1046.
- HOUWING Ph.A.N.: De onwaarheid in het privaatrecht, Geschriften van Houwing, 215.
- HUBMANN, Heinrich: Grundsätze der Interessenabwägung, AcP, 155 (1956), 85.
- HUNDHAUSEN, Carl: Markttransparenz, Wirtschaftswerbung und Verbraucherwarentests, ZfhF, 1962, 271.

- HUETTENRAUCH, Roland: Vom Nutzen der Stiftung Warentest für
Wirtschaft und Verbraucher, MA, 1968, 262.
- KLATT, Sigurd: Die Objektivität und wirtschaftliche Bedeutung eines Gutetests, ZfbF, 1964, 485.
- KLEIN, Leon: Verbraucherpolitik in der Europäischen Gemeinschaft, MA, 1970, 143.
- KLUY, Hans: Zielsetzung, Probleme und Grenze des Waren-
tests, MA, 1965, 137.
- KOEBEL, Ulrich: Der Schutz der gewerblichen und beruflichen
Betätigung gegen schädigende nicht wettbewer-
bliche Ausserungen, JZ, 1960, 433.
- KOEBEL, Ulrich: Namensnennung in Massenmedien, JZ, 1966, 389.
- KOEBEL, Ulrich: Einstweilige Verfügungen und Pressefreiheit,
NJW, 1967, 321.
- KONIG, Point de vue du consommateur, International
Marketing, 1966, nr. 141, 11.
- KOHLER, Josef: Persönliche und sachliche Reklame in der Gross-
industrie, MuW XVI, 127.
- KRIEGER, Albrecht: Ist die vergleichende Werbung zulässig ?
Eine Entgegnung, BB 1962, 240.
- KRAHE, Friedrich: Markttransparenz und Betriebserfolg, WuW, 1959,
179.
- KUEBLER, Friedrich: Oeffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnis-
sen und beruflichen Leistungen, AcP, 1972, 177.
- KOPPELMAN, U.: Vergleichende Werbung als Mittel der Verbraucher-
information, VPK, 1974, nr. 13, 5.
- KRASSER, Rudolf: Basic Features of the Benelux Trade-mark, 4 IIC,
17 (1973).
- KUFFERATH, J.: Collaboration between AC and NCB, IOCU-Bulletin,
1962, I, 18.
- LAGASSE, A.: Des clauses d'irresponsabilité et la profession
de banquier, Rev. Banque, 1947, 35.

- LANGEMEIJER, G.E.: Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd,
N.J.B. 1934, 617.
- LANGEMEIJER, G.E.: Ruchtbaar maken van strafvonnissen, N.J.B. 1936,
685.
- LANGEMEIJER, G.E.: De praktische beteekenis van de relativiteit
der onrechtmatige daad, N.J.B. 1940, 385 en 413.
- LANGEMEIJER, G.E.: Onrechtmatige daad en pers, N.J.B., 1938, 461.
- LANGEMEIJER, G.E.: Beginsel en terminologie in de leer der on-
rechtmatige daad, N.J.B. 1940, 533.
- LANGEMEIJER, G.E.: De bescherming van de eer en de goede naam
in ons land, N.J.B., 1961, 89.
- LANGEMEIJER, G.E.: Straf voor krakers ?N.J.B., 1973, 597.
- LARENZ, Karl: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht
der unerlaubten Handlungen, NJW, 1955, 521.
- LASSIER, Jacques: Respect de la loyauté en matière de concurrence,
J.C.B., 1968, 115.
- LEHMANN, Michael: Sales-promotion und unlauterer Wettbewerb, GRUR,
1974, 689.
- LEINVEBER, Gerhard: Nochmals: der urheberrechtliche Fall "Kan-
dinsky", GRUR, 1969, 130.
- LEINVEBER, Gerhard: Zur neuesten Rechtsprechung in der Frage des
Titelschutzes insbesondere bei Zeitungen und
Zeitschriften, GRUR, 1963, 464.
- LEITHERER, Eugen: Kritische Gedanken zum Warentest, MA, 1962, 571.
- LEITREITER : Der Verbraucher und die Werbung, MA, 1955, 56.
- LEO, Hans-Christoph: Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP 1960,
293.
- LESIGANG, Hermann R.V. : Die vergleichende Werbung in Österreich,
WRP 1962, 191.
- LESIGANG, Hermann R.v.: Das Verbot der vergleichenden Werbung -
Rechtstheoretische und wirtschaftliche Erwägungen,
WRP 1962, 283.

- LEYENDEKKERS, O.: Ordelijk economisch verkeer: voer voor perfectionisten, E.S.B., 1967, 815.
- LIMPENS, Jean : La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé, Mélanges René Savatier, 559.
- LIMPENS, Jean: Rechtsvergelijkende kanttekeningen bij de relativiteitsleer ter zake van onrechtmatige daden, R.W., 1961-62, 2437.
- LOBE, Adolf: Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW XVI, 129.
- LOEFFLER, Martin: Die Sorgfaltspflichten der Presse und des Rundfunks, NJW, 1965, 942.
- LOEFFLER, Martin: Das Zensurverbot der Verfassung, NJW, 1969, 225.
- LOEWENHEIM, Ullrich: Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR, 1975, 99.
- LOSACKER, Ernst: Warentests sind noch keine Verbraucheraufklärung, MA, 1963, 112.
- LUTZ, Hans: Vergleichende Werbung - Vergleichende Warentest, WRP, 1962, 232.
- MARR, Fritz en IKIER, Paul: Internationale Informative Kennzeichnung - Interlabel, DIN-Mitteilungen, 44 (1965), nr. 11,1.
- MARTENS, S.K.: Reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek, N.J.B., 1968, 61.
- MARTINO, Horst Dieter: Gesetze zum Schutz des Verbrauchers, MA, 1964, 459.
- MAERZEN, Walter: Moderne Wirtschaftswerbung und Verbraucheraufklärung, ZfH F, 1962, 234.
- MATTHIJS, J.: De wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, S.E.W., 1972, 435.

- MEINERS, D.: Problematik voor Kosten-Nutzen-Analysen bei staatlich finanzierten Warentests, MA, 1968, 48.
- MENZE, Hubert: Zur Diskussion der Markttransparenz, BB, 1962, 341.
- MEULENBERG, M.T.G.: Consumentenonderzoek; doel en methode, ESB, 1966, 1309.
- MEUWISSEN, D.H.M.: Grondrechten en Rechtspraak in de Proeve, R.M. Themis, 1967, 382.
- MEYER, G.: Warentests von allen Seiten betrachtet, MA, 1963, 3.
- MILDERS, : Aansprakelijkheid voor beroepsfouten, N.J.B., 1943, 329 e.v.
- MOHRING, Philip: Vergleichende Werbung und öffentliche Warentests, MA, 1962, 967.
- MOHRING, Philipp: Ist das Recht der Werbung reformbedürftig? MA 1962, 967.
- MONFILS, Philippe: Le droit de réponse en matière de radio-télévision, Ann. Fac. Dr. Liège, 1963, 293.
- MONS, M.: Affaire des Affiches, B.J., 1851, 76.
- MOSER v. FILSECK, Richard: Zur Frage der vergleichenden Werbung, GRUR 1963, 281.
- MOUGENOT, Raymond: L'action en cessation en matière de concurrence déloyale instituée par l'A.R. du 23 décembre 1934, RGAR 1946, 3836, 3847, 3861, 3878.
- MUELLER-ARMACK : Leitsätze für ein Gütezeichen-Programm, MA, 1952, 420.
- NAHME, Hans-Dieter: Pressefreiheit und Wettbewerb, GRUR, 1964, 484.
- NAHME, Hans-Dieter: Kritik der Kritik am Warentest, NJW, 1965, 1848.

- NASTELSKI, Kurt: Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR, 1969, 322.
- NERRETER, Paul: Vergleichende Reklame, GRUR 1933, 8.
- NEUMANN-DUESBERG, Horst: Einschränkung des Geltungsbereichs des § 824 BGB durch die Meinungs- und Informationsfreiheit, NJW, 1968, 81.
- NEYRINCK, M.: De "souvereine" verbruiker, Ceppess-Documenten, 1962, nr. 5, 124.
- NIPPERDEY, Hans-Carl: Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW, 1954, 211.
- NIEFERDEY, Hans C.: Boykott und Meinungsäußerung, Deutsches Verwaltungsblatt, 1958, 445.
- NOLTING-HAUPT, Wilhelm: Persönliche Reklame, GRUR 1931, 342.
- NUYTINCK, Jozef: Een broze waarde: de eer en de goede naam, R.W., 1961-62, 609.
- OCHS, Gerd: Wettbewerbsrechtliche Probleme der Marktanalyse von Werbeträgern, WRP, 1968, 425.
- OEKONOMIDIS, Demetrius S.: Die Grenze der Zitierfreiheit nach deutschem Recht, UFITA, 57 (1970), 179.
- OSSENBRUEGGE, Rolf: Hausfriedenbruch durch Testkäufer, BB, 1964, 1154.
- OVEREEM, R.: Bestrijding van misleidende reclame, N.J.B., 1975, 369.
- PASTOR, Wilhelm L.: Verbraucherverbände im Sinne des § 13 Abs. 1a UWG, GRUR, 1969, 571.
- PETERMANN, Günter: Die Marktstellung des Verbrauchers, MA, 1963, 1051.
- PHILIPS, L.: Markttransparenz in Theorie und Wirtschaft, WuW, 1964, 205.
- PIETZCKER, Rolf: Abgrenzung von Werbung und Presse ohne subjektives Kriterium?, GRUR, 1972, 532.

- PIROVANO, Antoine: La concurrence déloyale en droit français,
Rev. int. dr. comparé, 1974, 467.
- PLASSMANN, : Der Werbevergleich mit Preisempfehlungen, NJW,
1965, 235.
- POLAK, J.M.: Enige Opmerkingen over de ongeoorloofde be-
drijfsuitoefening als onrechtmatige daad,
S.E.W. 1952, 297; S.E.W. 1953, 335.
- POLAK, J.M.: Collectieve merken, in: Op de grenzen van komend
recht, 193.
- POLAK, J.M.: Consumentenaangelegenheden en consumentenpro-
blemen, E.S.B., 1966, 1303.
- POLAK, J.M.: Consument en recht. Een consumentenrecht,
S.E.W., 1967, 425.
- POLAK, J.M.: Naar een nieuwe consumentenvisie? in: Jaarrede
1969, Raad voor het grootwinkelbedrijf, s.l.n.d.
- PROESDORF, : Vergleich der eigenen Verkaufspreise mit den
vom Hersteller empfohlenen Endverkaufspreisen,
WRP, 1963, 9.
- QUARENTELLI, M.C.: Ci fosse almeno uno Stiftung Warentest, Le scelte
del Consumatore, 1970, nr. 6, 22.
- REHBINDER, Manfred: Recht am Arbeitsergebnis und Urheberrecht,
UFITA, Bd. 66 (1973), 125.
- REIMERS, W.: Das Grundgesetz und das Privatrecht, MDR, 1967,
533.
- RENAULD, Jean en VAN BUNNEN, Louis: Examen de jurisprudence: Droit
d'auteur - Dessins et modèles, R.C.J.B., 1968, 355.
- RIESENKAMPFF, : Umfang des Diskriminierungsverbotes nach § 26
Abs. 2 Satz 2, GWB, BB, 1974, 206.
- RIESENKAMPFF, : Zum Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2
Satz 2 GWB, BB, 1975, 72.
- RIMANQUE, Karel: De vrijheid van informatie en de vrijheid van
mening in verband met de uitzendingen van radio
en televisie, R.W., 1969-70, 1601.

- RINCK, Gerd: Kritik und Boykott durch Verbraucherverbände, BB, 1961, 613.
- RINCK, Gerd: Die Markttransparenz, BB, 1962, 105.
- RINCK, Gerhard: Warenvergleich durch Verbraucherverbände, BB 1960, 949.
- RINCK, Gerd: Organisation und Auswertung von Warentests, BB, 1963, 1027.
- ROEPER, Burkhardt: Verbraucherschutz durch Wettbewerb, MA, 1964, 381.
- ROMIEU, André: Checking the honesty of advertising, International Consumer, 1965, nr. 2, 10.
- RONSE, Jan: Kanttekeningen betreffende de bevoegdheid van de Voorzitter der Rechtbank van Koophandel in zake oneerlijke mededinging, R.W. 1948/49, 513.
- RONSE, Jan: De onrechtmatige mededinging - Het omstreden toepassingsgebied van het K.B. n°55 van 23 dec. 1934, R.W. 1948/49, 881.
- RONSE, Jan: La notion du dommage: lésion d'intérêt, R.C.J.B., 1957, 99.
- RUNGE, Kurt: Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt durch Ordnungsprinzipien, NJW, 1961, 1757.
- SACK, Rolf: Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRUR, 1970, 493.
- SAMWER, Sigmar-Jürgen: Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, GRUR, 1969, 326.
- SCHADÉE-HARTREE, E.A.: Copyrights, translations and legal responsibility, IOCU-Bulletin, 1962, Conference report, 53.
- SCHIRMER, Wolfgang: Warentest in Europa, MA, 1967, 292.
- SCHMIDT, Ingo: Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW, 1963, 97.

SCHMIEDER, H.H.: Der Titel als Werk zweiter Hand, GRUR, 1965, 468.

SCHNEIDER Tilmann: Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB, 1974, 764.

SCHOLZ, Ulrich: Schranken der Pressefreiheit und Warentest, MA, 1965, 376.

SCHRAUBE, Conrad: Der Schutz der "Kleinen Münze" im Urheberrecht, UFITA, Bd. 61 (1971), 127.

SCHREIBER, Klaus: Beurteilt der Verbraucher die Qualität nach dem Preis?, MA, 1960, 636.

SCHRICKER, Gerhard: Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR INT, 1970, 32.

SCHRICKER, Gerhard: Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung straf- und verwaltungsrechtlicher Vorschriften, Juristische Analysen, 1970, 69.

SCHRICKER, Gerhard: Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, 172, AcP, 1972, 203.

SCHRICKER, Gerhard: Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz, Eine Darstellung des geltenden deutschen Rechts mit vergleichenden Anmerkungen, ReberSZ, 1972, 315.

SCHRICKER, Gerhard: Das belgische Gesetz über Handelspraktiken, GRUR INT. 1972, 184.

SCHRICKER, Gerhard: The Belgian Law on Trade Practices, 4 II C 41 (1973).

SCHRICKER, Gerhard: Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR, 1974, 579.

SCHRICKER, Gerhard: Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung? Betrachtungen im Anschluss an die Prüfzeichen-Entscheidung des BGH vom 14 Mai 1974, GRUR, 1975, 111.

- SCHULTZ, Dietrich: Vergleichender Warentest und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW, 1963, 1801.
- SCHULTZ, Dietrich: Werbung mit vergleichenden Warentests - LG Bochum GRUR, 1963, p.437, JuS, 1965, 86.
- SCHWAMBERGER, Wolfgang: Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW, 1961, 1185.
- SCHWAMBERGER, Wolfgang: Vergleichende Werbung in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, BB, 1961, 1222.
- SEIFERT, Johannes H.: Warentest und Werbung, 16, Graphik. Werbung und Formgebung, (1963), nr.4, 20. Reacties: nr. 5, 34; 6, 36; 9, 32.
- SEUBERT, : Die zulässige vergleichende Werbung, BB, 1960, 965.
- SHEARS, P.: Industrial and Consumer Testing, International Consumer, 1971, nr. 1, 5.
- SIPKES, O.W.: De burgerlijke beledigingsactie en het ontwerp 6e boek B.W., N.J.B., 1965, 486.
- SONDERLAND, Max: Werbung mit Meinungsäußerungen Dritter, MA, 1955, 307.
- STRICKRODT, Georg: Warentest-Institut als zivilrechtliche Stichtung, DB, 1965, 1081.
- SPENGLER, Albrecht: Die vergleichende Werbung als Problem der Wettbewerbsrechts, DW, 1960, 75.
- SPENGLER, Albrecht: Die wettbewerbsrechtliche Problematik des Warenvergleichs, MA 1962, 283.
- SPENGLER, Albrecht: Vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP 1965, 122.
- SUDMAN, S.: On the Accuracy of Recording of Consumer Panels, Journal of Marketing Research, 1, 1964, 14 en 69.

- SUETENS, Louis-Faul: Belgian antitrust law "in action",
Common Market LR, 1964-65, 325.
- TAPIE, Paul (GOFFIN, Léon en VAN PE, Edgar): Equivoques d'une
liberté, J.T., 1956, 625.
- TETZNER, Heinrich: Vergleichende Werbung, JZ 1962, 275.
- TETZNER, H(einrich): Die Aenderungen des UWG durch das Gesetz
von 26.6.1969, NJW, 1969, 1701.
- TETZNER, Heinrich: Der verbraucherorientierte öffentliche Waren-
test, NJW, 1965, 725.
- TUININGA, E.J.: Zinnige en Onzinnige Reclame. Posing tot om-
buiging van een tot dusverre deprimerende dis-
cussie, 6, Intermediair, nr. 41, (1970), 67.
- UHLITZ, : Gewerbeschädigende Werturteile, NJW, 1966,
2097.
- ULMER, Eugen: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs im Ge-
meinsamen Markt, GRUR AIT, 1962, 273.
- VAN BUNNEN, Louis: Le statut de la publicité dite comparative, Ann.
Dr. 1970, 35.
- VAN BUNNEN, Louis: La nouvelle réglementation sur les ventes avec
primes, J.T. 1971, 759.
- VAN BUNNEN, Louis: La publicité commerciale, Commentaire des arti-
cles 19 à 21 de la loi sur les pratiques du com-
merce du 14 juillet 1971, J.T. 1972, 741.
- VAN BUNNEN, Louis: L'information commerciale - la publicité. Ekono-
misch en financieel recht vandaag II, Gent 1973,
213.
- VANDEPUTTE, Robert: Juridische problemen in verband met de onder-
neming, R.W., 1961-62, 2261.
- VANDEPUTTE, Robert: Enkele kenmerken van het statuut van de onder-
neming in België, S.E.W., 1968, 238.

Paul:

- VAN DER HAEGHEN, L.: L'inventeur d'un produit nouveau peut-il en vanter impunément les qualités ?, Ing. Cons., 1926, 189.
- VAN DER LAKEN, F.R.: Reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek, N.J.B., 1968, 281.
- VAN DER STRAATEN, C.: De veranderde plaats van de consument in de samenleving, E.S.B., 1966, 1304.
- VAN DER WOUDE, M.V.: Zijn informatiebureaux nuttig of gevaarlijk?, N.J.B., 1966, 454.
- VAN GERVEN, Walter: Over de vordering tot ophouden ingesteld door K.B. Nr.55 van 23 dec.1934, de beteugeling van economische delicten en de gemeenrechtelijke vordering tot ophouden, R.W. 1960/61, 609.
- VAN GERVEN, Walter: Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht, S.E.W., 1971, 404.
- VAN HECKE, Georges: Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten, Liber Amicorum Louis Frédéricq, II, 999.
- VAN HECKE, Georges: Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de wet tot bescherming tegen het misbreuk van economische machtspositie, R.W. 1960/61, 409.
- VAN HECKE, Georges: Overzicht van rechtspraak (1965-1969). Industriële eigendom, auteursrecht, oneerlijke mededinging, T.P.R. 1970, 205.
- VAN ISACKER, Frans: De lege ferenda in verband met het citaatrecht in Nederland en België, R.W., 1961-62, 2189.
- VAN MAARSEVEEN, H.Th. J.F. en OORTGILJS, H.C.: Privacy, beslotenheid en staatsrecht, N.J.B., 1972, 1061.
- VAN RAVENSTELIJN, J.J.: Etikettering. De moeizame weg naar een uniform systeem, BIN-revue, 1968, 196.
- VAN RIJ, P.H.: Het vergelijkend warenonderzoek in Nederland, E.S.B., 1966, 1315.

- VAN RIJCKEGHEM, W(illy): Beschouwingen bij het vraagstuk van de voorlichting van de verbruiker, De Gids op Maatschappelijk Gebied, 1961, 783.
- VAN VEEN, J.H.: Secretary's report of the 5th IOCU year, International Consumer, 1965, nr. 2, 5.
- VAN VEEN, J.H.: Promotion and Operation of IOCU, IOCU-Bulletin, 1962, I, 64.
- VAN ZEEBROECK, Michel: Information du consommateur et pratiques commerciales, Les Dossiers de l'Action sociale catholique, 1967, nr. 1, 23.
- VELDKAMP : Het suggereeren van buitenlandse afkomst van producten, De N.V. 1943, 278.
- VESSEREAU, A.: Une expérience pour tester l'aptitude à la dégustation des tabacs, Revue de Statistique appliquée, 1953, nr.1, 74.
- VIAENE, Louis: Wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken. Commentaar, Bull. Hand., 1972, nr.1-2, 1973, nr. 3-4; 1974, nr. 5-6-7-8.
- VOLP, Fromut: Ist das Verbot der vergleichenden Werbung rechtswidrig ? WRP 1960, 197.
- VOLP, Fromut: Der Fortschrittsvergleich in der Werbung, BB 1961, 113.
- VOLP, Fromut: Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP 1961, 135.
- VOLP, Fromut: OLG Bremen erlaubt die vergleichende Werbung, WRP 1962, 25.
- VOLP, Fromut: Vergleichende Werbung - erlaubt oder verboten? GRUR 1962, 178.
- VOLP, Fromut: Vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP 1965, 125.

VOELP, Fromut: Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, WuW, 1956, 31.

VOELP, Fromut: Vergleichende Werbung - letzter Akt, WRP, 1969, 169.

VON BUNN, Johann-Heinrich: Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern?, WRP, 1964, 177.

VON GAMM, Otto-Friedrich, Freiherr: Wissenschaftliche Kritik, WRP, 1956, 321.

VON GODIN, Hans, Freiherr: Die unrichtige, objektiv richtige Warenangabe, NJW, 1965, 1009.

WAHLBERG, Ursula: How to compile a brand list, IOCU-Bulletin, 1962, nr. 15, 17.

WEBER, Dr.: Werbung mit Warentests, N.J.W., 1968, 1364.

WEITNAUER, H.: Rechtsgrundlagen und Schranken der Zulässigkeit öffentlicher vergleichender Warentests, DB, 1963, 55.

WENZEL, Karl-Egbert: Empfiehlt es sich § 824 Abs. 1 BGB in Anlehnung an den heutigen Stand der Rechtsprechung zum Eingriff in den Gewerbebetrieb und zum Persönlichkeitsrecht neu zu fassen?, GRUR, 1970, 278.

WENZEL, K(arl)-E(gbert): Wettbewerbsaussagerungen und Informationsinteresse, GRUR, 1968, 626.

WENZEL, Karl-Egbert: Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, NJW, 1962, 81.

WENZEL Karl-Egbert: Der Anspruch auf Ergänzung überholter Pressemeldungen, GRUR, 1972, 634.

WENZEL, Karl-Egbert: Kritische Werbevergleiche im Blick der neueren Rechtsentwicklung, GRUR, 1969, 522.

WERNER, Olav: Die Werbung mit dem Leistungsvergleich und dem Vergleichsergebnis, BB, 1972, 516.

WILHELM, Herbert: Nützt die Werbung dem Verbraucher?, MA, 1964, 407.

Markenverband erhebt Einspruch gegen Errichtung
einer Warentest-Stiftung, MA, 1963, 9

Warentestinstitut im Bundeshaushalt, MA, 1964,
474.

Warentests nach EWG-Direktiven, MA, 1970, 154.

L'usage commercial des rapports d'essai,
International Consumer, 1968, nr. 2, 23.

Irreführende Alleinstellungswerbung durch
Wiedergabe eines unvollständigen Testergebnis-
ses, DW, 1970, 3.

Hausverbot für Testkäufer. Ein Bericht über
die neueste Rechtsprechung, MA, 1965, 27.

Welche Produkte eignen sich für den Warentest?
Ein Exposé der Aktionsgemeinschaft für Waren-
testfragen, MA, 1965, 144.

Gesetzliche Regelung mit den Ergebnissen von
Warentests?, BB, 1964, 406.

Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung
und Warentestinstitut, DW, 1964, 33.

Grundsätze für die Werbung mit vergleichenden
Warentests, BB, 1965, 676 en WRP, 1965, 252.

L'usage commercial des rapports d'essai, Inter-
national Consumer, 1968, nr. 2, 23.

Règles de conduite pour la publicité télévisée,
Ing. Cons., 1964, 79.

- XXX : Zur Einrichtung eines "staatlichen" Testinstitutes zur Durchführung von Warentests, BB, 1963, 907.
- XXX : Zehn Punkte zum Verbraucherschutz. Präsident Johnson fordert ein neues Gesetzgebungsprogramm zum Schutz der Verbraucherinteressen, MA, 1964, 229.
- XXX : Ueber die Möglichkeit einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung. Bericht des Bundesministers der Justiz und Entschliessung der Bundesregierung, MA, 1964, 221.
- XXX : Stiftung Warentest rationalisiert, MA, 1968, 390.
- XXX : Funktionsweise von Warentests. Tatsachenfeststellung und Werturteil, MA, 1963, 660.
- XXX : Ein Gewerbetreibender kann das Testen seiner Waren nicht verbieten, Rechtsarchiv der Wirtschaft, 1965, 19.
- XXX : Hausverbote für Testkäufer, MA, 1965, 27.
- XXX : Het maken van reclame met de resultaten van vergelijkend warenonderzoek, N.J.B., 1968, 281.
- XXX : Presseveröffentlichungen über Warentests, MA, 1964, 111.
- XXX : Zur Problematik des vergleichenden Warentests, MA, 1964, 780, met résumé in: WRP, 1964, 363.
- XXX : Zum Schutz der Verbraucherinteressen. Eine Sonderbotschaft des Präsidenten der USA, MA, 1962, 605.
- XXX : Die "Verbraucherbelange" der Konsumentenschaften, MA, 1962, 1020.

- XXX : Gesetzliche Regelung der Werbung mit den Ergebnissen von Warentests, BB, 1964, 406.
- XXX : Grundsätze für die Werbung mit vergleichender Warentests, BB, 1965, 676.
- XXX : Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung und Warentest, DW, 1964, 33.
- XXX : Wachsende Kritik an der Stiftung Warentest, MA, 1967, 124.
- XXX : Der Warentest in Grossbritannien, MA, 1967, 397.
- XXX : Warentestinstitut im Bundeshaushalt, MA, 1964, 474.
- XXX : Warentest im Inland und Ausland, MA, 1967, 167.
- XXX : Welche Produkte eignen sich für den Warentest?, MA, 1965, 144.
- XXX : Werbung mit Kundenäusserungen, DW, 1957, 8.
- XXX : Wettbewerbsrecht. Testkäufer. Warnschild. Bucheinsicht, WRP, 1965, 253.
- XXX : Wettbewerbsrecht. Verbot von Testkaufen. UWG § 1, BGB, § 242, WRP, 1965, 228.
- ZINZEN : Gebrauchstauglichkeit - ein neuer Ausschuss im DNA, DIN-Mitteilungen, bd. 42, (1965), nr. 2, 1.

Voorstel van wet tot instelling van een
Nationaal Instituut voor de Verbruikers.

MEMORIE VAN TOELICHTING.

Hoe de economische situatie van een land ook is, de overheid heeft steeds een nauwlettende belangstelling voor de tewerkstelling. Industriezones worden aangelegd, de industrialisatie bevordert en nieuwe bedrijven aangetrokken. Miljarden gemeenschapsgelden worden hieraan besteed. Het resultaat is dat niet alleen het ideaal van de volledige tewerkstelling in grote mate wordt bereikt, maar dat ook het volume van de produktie steeds toeneemt.

Er wordt dan naar gestreefd het grotere globale inkomen dat hieruit voortvloeit op een zo goed mogelijke wijze te verdelen. Vooral de vakbonden bevinden zich hier op een voor hen bij uitstek dankbaar terrein en sluiten met de producenten uitgebreide loonakkoorden af. Zoveel zorg en inspanningen er geleverd worden om inkomen te verwerven, zoveel te minder wordt er gedaan om dit inkomen ook goed te besteden.

Wij doen hier zeker geen afbreuk aan de verdiensten van de verbruikersverenigingen. Zij leveren zeer grote inspanningen om de verbruikers een minimum aan informatie te bezorgen. Maar wij mogen niet vergeten dat de werkmiddelen van deze verenigingen praktisch uitsluitend door de verbruikers zelf worden aangebracht. De bijdragemogelijkheid en ook de bijdragebereidheid van deze laatsten zijn echter beperkt. Daarnaast zijn er nog een massa verbruikers die nog dienen overtuigd van de noodzaak een offer te brengen om het inkomen zo goed mogelijk te kunnen besteden. Hieruit volgt dat de informatie, die kan worden verstrekt, onvoldoende is om de verbruikers steeds een volkomen en up to date beeld van de markt te verschaffen. Daarom dient een Nationaal Instituut voor de Verbruikers opgericht.

In ons land is de overheid in haar zorg voor de informatie van de verbruikers ver achterop gebleven vergeleken met de ons omringende landen. In Frankrijk en in de Duitse Bondsrepubliek werden op initiatief van de overheid instituten opgericht, terwijl in Nederland een vrij initiatief vergaande overheidssteun ontvangt.

Bij dekreet van 5 december 1967 werd in Frankrijk het "Institut National de la Consommation" opgericht. Het instituut heeft als onderzoekscentrum tot taak de aanvragen tot proefneming en onderzoek vanwege de overheid, de verbruikersorganisaties en het "Comité National de la

"Consommation" te ontvangen en te laten uitvoeren in openbare en private laboratoria. Het instituut heeft ook een informatieve taak. Het staat in voor de verspreiding van de resultaten van de hierbovenaangehaalde onderzoeken, informeert, in samenwerking met andere organen en organisaties, de verbruikers over bijzondere verbruikersproblemen, volgt en coördineert de informatie die betrekking heeft op de verbruikers en voert technische studies uit betreffende de verbetering van de kwaliteit van de produkten of ter vervolmaking van de handelsmethodes in de distributie. Het instituut treedt op als een beschermend orgaan van de verbruikers en verricht juridische studies omtrent de bescherming van de verbruikers en beantwoordt in verband hiermede vragen van personen en verenigingen.

De werkingskosten van het Instituut worden volledig gedragen door de Staat. Een deel van de kosten wordt gerecupereerd door de uitgave van een tijdschrift "50 millions de consommateurs", en deelname van de kopers in de kosten van juridische informationels en studies.

De Raad van Beheer is gemengd samengesteld met een meerderheid van verbruikers en vertegenwoordigers van de overheid, de handel, landbouw, industrie, reclame en pers.

Een schaduwzijde is het vetorecht dat de regeringscommissaris kan uitspreken tegen de beslissingen van de Raad van Beheer. Dit vetorecht onvat geen enkele beperking en dient niet gemotiveerd. Dit leidde reeds tot herhaalde conflicten, waarbij de vertegenwoordiging van de "Union Fédérale de la Consommation" de Raad van Beheer verliet. Aanvankelijk bedroeg de overheidstussenkomst ongeveer 40 miljoen Belgische frank.

Op de Staatsbegroting voor 1974 wordt een bedrag in ontvangsten en uitgaven van 17.466.085 FF of ongeveer 140 miljoen BF. voorzien.

In de Duitse Bondsrepubliek begon reeds in 1954 de voorbereidende studie voor de oprichting van een instituut voor warenonderzoek. In de regeringsverklaring van 1962 werd de oprichting aangekondigd en op 16 december 1964 werd eindelijk door de Bondsregering een stichting van privaat recht de "Stiftung Waren-test" gegrondvest.

Het lag oorspronkelijk in de bedoeling dat de financiële overheids-hulp slechts als een startgeld voor de eerstvolgende vijf jaar zou dienen, waarna de "Stiftung" op eigen benen zou kunnen staan door de verkoop van een eigen tijdschrift "Der Test". Dit alles naar analogie met het tijdschrift "DM Test." Hierbij verloor men uit het oog dat "DM" een groot deel van haar inkomsten haalde uit reclame van industrie en handel, wat voor de "Stiftung" onmogelijk was gezien haar statutaire opdracht van onafhankelijkheid en objectiviteit.

De politiek van de "Stiftung" werd na enkele jaren dusdanig gewijzigd dat men vooral streeft naar een zo ruim mogelijke verspreiding van de door onderzoek verkregen informatie langs de eigen organen van Duitse gezins-verbonds en verbruikersorganisaties en langs radio en televisie.

Het doel van de " Stiftung" is drievoudig :

- a) de voorlichting van het publiek over de objectivoerbare kenmerken van nuts- en gebruikswaarde van goederen en diensten, die over een groter verspreidingsgebied met essentieel egelijkwaardige hoedanigheden en voor hun identificatie in voldoende hoeveelheid worden aangeboden.
- b) om het eerste doel te bereiken zal de " Stiftung" volgens wetenschappelijke methoden onderling vergelijkbare goederen en diensten onderzoeken op grond van een voldoende staal van de markt en de onpartijdige gegevens van het onderzoek publiceren. De " Stiftung" kan ook beroep doen op andere instituten of instellingen om haar te helpen bij haar onderzoek op voorwaarde dat zij technisch degelijke en onpartijdige arbeid verrichten.
- c) tenslotte heeft de " Stiftung" als doel overeenkomsten aan te gaan met egelijkwaardige binnen- en buitenlandse instellingen, voor zover deze als objectief, neutraal en onafhankelijk bekend staan, over de uitwisseling en de overname van ervaring en gegevens. De " Stiftung" kan ook lid worden van een internationale vereniging die alle egelijkwaardige instellingen bundelt. Hoewel het procentuele overheidsaandeel in de uitgaven van de " Stiftung" van jaar tot jaar daalt (nu ongeveer 50%), neemt het nominaal nog steeds toe. In 1973 werd ongeveer 6 miljoen DM toegekend (ongeveer 90 miljoen BF).

Belangrijk is de verhouding van de " Stiftung" tot de Duitse industrie. Waar deze laatste een aanvankelijk zeer gereserveerde houding aannam, is men nu gekomen tot een coëxistentiële verhouding gebaseerd op een kritische, maar zakelijke en neutrale instelling tegenover de "Stiftung". Dit is te danken aan het feit dat deze laatste zich door statutair voorziene technische adviseurs laat bijstaan. De onderzoeksmethoden en de waardecriteria worden met behulp van deze adviseurs tot in detail vastgelegd en het onderzoeksprogramma wordt vooraf aan de betrokken producentengroepering megedeeld. De bijzonderste testgegevens worden dan nog eens voor publicatie aan de desbetreffende fabrikanten overgemaakt.

In Nederland werd in 1967 op initiatief van de vakbonden en de gezinsorganisaties een private vereniging " Stichting Vergelijkend Warenonderzoek" opgericht. Het hoofddoel van de "Stichting VWO" is het verrichten of bevorderen van vergelijkende warenonderzoeken en de publicatie van de verkregen resultaten, waarbij zoveel mogelijke de eigen pers van de deelnemende organisaties wordt betrokken. De Stichting wordt voor ruim 90% gesubsidieerd door de overheid. In 1968 bedroeg deze subsidie 206.000 gulden (ongeveer 3 miljoen BF), terwijl dit jaar kan gerekend worden op een bedrag van 831.000 gulden (ongeveer 12,5mil. BF).

Ook in andere landen van de Europese Gemeenschap werden door de overheid initiatieven genomen om de voorlichting van de verbruikers te bevorderen. Wij vermelden hier alleen nog de "Statens Husholdningsraad" (de openbare raad voor huishoudkunde) die sinds 1935 in Denemarken werd belast met de problematiek van de huishoudkunde in de ruimste zin. In de laboratoria van de raad wordt vergelijkend warenonderzoek uitgevoerd. Van staatswege ontvangt de raad voor zijn werkzaamheden

subsidies die oplopen tot ongeveer zes miljoen kronen per jaar (40 milj. BF).

Het kan niet de bedoeling zijn in ons land een volkomen naar een buitenlands model opgebouwd instituut op te richten. Wij moeten inderdaad zorgen voor een aan onze toestand/aangepaste vorm, rekening houdend met de mogelijkheden, met de bestaande situatie en de wensen van de verenigingen.

Het Nationaal Instituut voor de Verbruikers zal in hoofdzaak een technisch werkmiddel zijn dat moet zorgen voor de studie van de problemen, waarvoor de verbruiker in een moderne welvaartsmaatschappij wordt geplaatst. Tevens moet het Instituut er naar streven een belangrijk aantal vergelijkbare produkten en diensten te onderzoeken. De resultaten van deze onderzoeken worden dan op een zo ruim mogelijke wijze verspreid langs de geëigende kanalen van de verbruikersverenigingen. De moderne communicatiemedia radio en televisie mogen in dit deel van hun informatieopdracht niet achterop blijven.

Het is de plicht van de overheid de verbruikers financieel te helpen om hun inkomen zo goed mogelijk te besteden. Voor de verbruikers geldt de reclame als voornaamste informatiebron, reclame die uitgaat van de producenten, die belanghebbende partij zijn. De door de reclame verstrekte objectieve gegevens zijn zeer minuscule. De verbruiker wordt er voortdurend toe aangepord meer te verbruiken om steeds nieuwe welvaartsdrempels te overschrijden. Een verantwoorde keuze maken uit duizenden te koop aangeboden produkten is een moeilijke opdracht.

Het Nationaal Instituut voor de Verbruikers kan een nuttig werkinstrument zijn om de verbruikers voldoende objectieve informatie te bezorgen. Rest dan voor de verbruikers de inspanning om de geboden informatie te verwerken. Alleen een geïnformeerde verbruiker kan een werkelijk vrije keuze verrichten. Boven het doel van het Instituut is dit het uiteindelijke doel. Wil men het Instituut een zekere levens- en werkkans waarborgen, dan zullen de benodigde geldmiddelen bij de aanvang 25 miljoen bedragen. Na de inwerkperiode zal dit bedrag op huidige basis oplopen tot 50 milj., wat gezien het doel zeker niet teveel kan worden genoemd.

Artikelsgewijze bespreking.

Artikel 1. - De benaming "Nationaal Instituut voor de verbruikers wordt verkozen boven "Nationaal Instituut voor het Verbruik". De werkzaamheden van het Instituut zijn inderdaad gericht op de verbruikersfunctie van alle leden van de gemeenschap. Het Instituut wordt dan ook alleen beheerd door vertegenwoordigers van de verbruikers (zie infra art. 6).

Artikel 2. - Rekening houdend met de ondervinding van gelijkaardige buitenlandse instituten is het nodig het doel van het Instituut van het begin af uitgebreid en nauwkeurig vast te leggen. Het algemeen doel is de kennis van de verbruikers omtrent de nuts- en gebruikswaarde, de kwaliteiten en de prijzen van goederen en diensten te vergroten. Meer specifiek kan dit gebeuren door het uitvoeren van vergelijkend warenonderzoek.

Het zou een verspilling van krachten en vooral van geldmiddelen zijn indien het insituut zelf laboratoria zou inrichten die op alle terreinen onderzoekingen kunnen verrichten. Er zal zeker een technische staf dienen aangesteld die over de nodige infrastructuur zal moeten beschikken, maar bestaande instellingen en laboratoria, die de nodige waarborgen inzake onafhankelijkheid en objectiviteit bezitten^{en} op een hoog wetenschappelijk peil staan, kunnen het instituut onschatbare diensten bewijzen.

Het verbeteren van de kwaliteit van de goederen of betere handelsmethodes kunnen in een gegeven marktsituatie voor de producent weinig aantrekkelijk lijken gezien tegenover problematische voordelen in elk geval alle kosten te zijnen laste vallen. Het instituut kan deze taak in het belang van de verbruikers op zich nemen.

Hetzelfde geldt de methoden van onderzoek evenals de onderzoeksnormen, die dienen in acht genomen. Deze doelstelling moet uiteindelijk leiden tot een uitgebreidere normalisering van de produkten zelf, een onmisbare voorwaarde om te komen tot een overzichtelijke etikettering.

Het zou vermetel zijn alles zelf te willen uitvoeren; daarvoor is ons land te klein en het is toch vanzelfsprekend dat samenwerking bestaat met andere gelijkaardige instituten die de nodige waarborgen bieden. Het betekent tevens een enorme besparing aan krachten en geldmiddelen dat ervaringen en resultaten worden uitgewisseld.

Ook het studiewerk ter bescherming van de verbruiker hangt totnogtoe bijna uitsluitend af van de beperkte middelen van de verbruikersorganisaties. Het instituut kan de studie over de bescherming van de verbruiker op een systematische wijze aanpakken en beschouwingen en voorstellen hieromtrent op een ruime wijze laten verspreiden.

Artikel 3. - Het instituut beperkt er zich toe een technische basis te vormen voor de verbruikersverenigingen. Het kan niet de bedoeling zijn een, met de bestaande organisaties, die toch grote verdiensten bezitten, concurrerend instituut op te richten. De resultaten van de onderzoekingen zijn zeer technisch en onbegrijpelijk voor de gewone verbruiker. Het is vanzelfsprekend dat deze resultaten door het Instituut zelf dat het onderzoek uitvoerde of hiertoe opdracht gaf, in een begrijpelijke vorm worden omgezet.

Artikel 4. - Er zal een zekere aanlooppriode nodig zijn, vooraleer het vergelijkend warenonderzoek tot volle ontplooiing kan komen. De overheidsbijdrage zal dan ook aanvankelijk laag liggen en van jaar tot jaar verhogen overeenkomstig het nauwkeurig opgesteld werkplan, dat wordt opgemaakt rekening houdend met zijn technische uitvoerbaarheid.

Artikel 5. - Voor de goederen die voor het warenonderzoek dienen aangekocht of voor de diensten die dienen gepresteerd, is het onmogelijk de voor overheidslichamen normale weg te volgen. Een groot deel van deze goederen en diensten zal noodzakelijkerwijze dienen verworven in dezelfde omstandigheden als die waarin de verbruiker zulks doet. Het Instituut moet er inderdaad van verzekerd zijn dat dezelfde kwaliteit aan hen wordt geleverd of dezelfde prestatie wordt verricht. Gewone bewijsmiddelen ter staving van de uitgaven zullen hier dan ook volstaan.

Artikel 6. - De Raad van Beheer wordt uitsluitend samengesteld uit vertegenwoordigers van de verbruikers. Teneinde elke verwarring te vermijden worden de beheerders gekozen uit de verbruikersverenigingen die in de Raad voor het Verbruik vertegenwoordigd zijn. Een analoge bepaling werd in de wet op de handelspraktijken opgenomen omtrent de mogelijkheid van de verbruikersverenigingen een vordering tot staking in te stellen.

Tevens is het noodzakelijk dat de directeur en de adjunct-directeur nauw samenwerken met de Raad van Beheer. Gezien hun functie worden zij geacht zeer bekwaam te zijn. Zij maken dan ook deel uit van de Raad.

Artikel 7. - Wegens de structuur van ons land en het belang van een goede samenwerking tussen het Instituut en de verbruikers is het noodzakelijk dat de leiding van de Raad zich direct in haar taal tot de bevolking kan wenden. Hetzelfde geldt trouwens ook voor de dagelijkse vaste leiding van het Instituut.

Om te vermijden dat de beheersopvattingen in het Instituut verouderen wordt bepaald dat het mandaat van voorzitter respectievelijk ondervoorzitter slechts over een termijn van acht jaar loopt. Niets belet echter dat deze functies worden gewisseld, wat voor elk van de personen een termijn van zestien jaar geeft, waardoor de verworven ondervinding voldoende lang ten dienste van het Instituut kan worden gesteld en het eerste euvel vermeden.

Artikelen 8. en 9. - Een minimum aantal vergaderingen van de Raad is voorzien. Vanzelsprekend kan de Raad slechts geldig vergaderen, wanneer de meerderheid van de leden aanwezig is. Het wordt wenselijk geacht de Raad ook te laten bijeenroepen door de directeur die dagelijks de werking van het Instituut van nabij volgt.

Artikel 10. - Een aantal problemen die in deze kaderwet niet uitdrukkelijk worden geregeld, dienen normalerwijze in het reglement van inwendige orde vastgelegd. Wij denken o.m. aan de werkwijze tegenover de producenten bij het vergelijkend warenonderzoek. Ook is het normaal dat de Raad beraadslaagt over de werkprogramma's die door het vast personeelskader van het Instituut worden uitgewerkt.

Artikelen 11 tot 14. - Deze artikelen behandelen de wijze van benoeming maar vooral de taken van de directeur en zijn adjunct. De directeur staat in voor de uitvoering van de beslissingen van de Raad van Beheer. Gezien zij als dagelijks leidinggevend ook best weten wat de personeelsnoden zijn van het instituut en welke de vereiste kennis is, benoemen zij het personeel. Van de directeur en de adjunct-directeur kan worden verwacht dat zij hun taak, die soms verreikende financiële gevolgen voor derden kan hebben, vervullen met de nodige objectiviteit en in een geest van neutraliteit.

Artikel 15. - Dit artikel maakt het mogelijk dat het Instituut normale en gezonde verhoudingen heeft met de industrie. Het is voor het Instituut onmogelijk specialisten op elk terrein te benoemen. Door de medewerking van deskundige adviseurs kan men zich vooraf akkoord stellen over de bij het onderzoek gevolgde normen, wat betwistingen met de desbetreffende sectoren kan uitsluiten. Ook de Raad van Beheer kan het advies van deze deskundigen horen.

Artikelen 16 en 17. - Het onderzoek van het instituut dient niet met een waas van geheimzinnigheid omgeven, maar zolang het onderzoek duurt, dient door de leden van de Raad, de directie en het personeel de strikste geheimhouding in acht genomen. Dit om te vermijden dat derden en ook het instituut schade zouden lijden door het verspreiden van al dan niet ongegronde geruchten. Alleen de publicatie van het onderzoek is de voor iedereen openbare informatie. Deze publicatie ontslaat de hierboven aangehaalde personen niet van de zwijgplicht.

Artikel 18. - Het is ongewenst dat het instituut voor gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen zou vertegenwoordigd worden door bv. de voorzitter van de Raad van Beheer. Deze laatste is een vertegenwoordiger van een verbruikersorganisatie wiens tijd dusdanig zonder vergoeding teveel zou benomen worden. De directeur die dagelijks instaat voor de leiding van het Instituut is de hiertoe aangewezen persoon. Voor zaken die niet tot zijn taal behoren, laat hij zich vervangen door de adjunct-directeur.

Artikel 19. - Zoals voor alle instellingen van openbaar nut het geval is, kan het Instituut, na machtiging, giften en schenkingen aannemen. Om echter, ook schijnbaar, de onafhankelijkheid van het instituut niet in het gedrang te brengen is het aanvaarden van giften en schenkingen van natuurlijke of rechtspersonen die een industriële- of handelsactiviteit uitoefenen, verboden.

Artikel 20. - Om van den beginne af elk misbruik van gegevens uitgaande van het instituut of van publicaties verspreid door organisaties die ze verkregen van het instituut, te vernijden, wordt volstrekt verbod opgelegd gebruik te maken van deze gegevens om produktie, handels- of ambachtsactiviteiten te bevorderen. Ook is het gebruik in de reclame van resultaten van vergelijkende warenonderzoeken verboden.

Artikel 21. - Het spreekt vanzelf dat de mogelijkheid moet bestaan de financiële verrichtingen van het instituut te controleren. Het veto-recht tegen bepaalde handelingen van het instituut wordt echter omschreven door de wet en de statuten. Het vetorecht wegens strijdigheid met het algemeen belang zal echter slechts met de meeste omzichtigheid worden aangewend.

Artikelen 22 en 24. - Het instituut wordt onderworpen als instelling van openbaar nut aan de bepalingen van de wet van 16 maart 1954, voor zover deze wet niet anders bepaalt. Het toezicht wordt opgedragen aan regeringscommissarissen.

Artikel 23. - Het is evident dat het instituut, wanneer dat voor zijn goede werking noodzakelijk is, onroerende goederen moet kunnen verwerven.

Artikel 25. - Vergt geen commentaar.

VOORSTEL VAN WET.

Artikel 1. - Er wordt een zelfstandigen openbare instelling met rechts-persoonlijkheid opgericht, die "Nationaal Instituut voor de Verbruikers" genoemd wordt.

Artikel 2. - Het Nationaal Instituut voor de Verbruikers, hierna steeds genoemd "het Instituut" stelt zich ten doel de kennis van de verbruiker omtrent nuts- en gebruikswaarde, kwaliteiten en prijzen van goederen en diensten te vergroten door middel van het verstrekken van objectieve informatie daarover.

Het Instituut tracht dit doel te bereiken door

- a) Het verrichten of doen verrichten van vergelijkende waren- en dienstenonderzoeken.
- b) Het stimuleren van basisonderzoek ten behoeve van vergelijkende warenonderzoeken, met name door het inschakelen van en het samenwerken met instituten voor wetenschappelijk onderzoek en instellingen, welke zich bezighouden met het vaststellen van voor de verbruiker kenmerkende eigenschappen van goederen en diensten en/of met het opstellen van normen en testmethoden voor meting van die eigenschappen.
- c) Het verrichten van technische studies in verband met de verbetering van de kwaliteit van de produkten of het vervolmaken van de handelsmethoden in de distributie.
- d) Het verrichten van technische studies, waarbij tevens gebruik kan worden gemaakt van de normalisering, om te komen tot een etikettering van de produkten en eventueel tot een informatieve etikettering.
- e) Het uitvoeren van rechtsstudies over de bescherming van de verbruikers en het verstrekken van inlichtingen hierover op vraag van individuele personen door bemiddeling van erkende verbruikersorganisaties of op vraag van deze organisaties zelf.
- f) Het samenwerken met binnen- en buitenlandse instituten met een gelijkaardig doel en voor zover deze instituten als objectief, neutraal en onafhankelijk bekend staan, met hen overeenkomsten te treffen over de uitwisseling en overname van ervaringen en resultaten en in het bijzonder er toe over te gaan het medelidmaatschap te verwerven in internationale verenigingen van zulke instituten.

Artikel 3. - Het instituut heeft een hoofdzakelijk technische opdracht en verspreidt de resultaten van zijn onderzoekingen niet zelf bij het publiek. De resultaten van deze onderzoekingen worden ter publicatie overgemaakt aan de erkende verbruikersorganisaties en aan de informatiemedia van radio en televisie. Deze resultaten worden hiertoe vooraf door het Instituut in een voor het publiek begrijpelijke vorm opgesteld en zo nodig gecommentarieerd.

Artikel 4. - De vereiste geldmiddelen voor de werking van het Instituut worden op de begroting van het Ministerie van Economische Zaken ter beschikking gesteld na voorlegging door de Raad van Beheer van het Instituut van een werkplan voor het begrotingsjaar.

Artikel 5. - Voor de uitgaven voor het aankopen van goederen en diensten nodig voor het uitvoeren van de vergelijkende waren- en dienstenonderzoeken wordt afgeweken van de voor de Staat geldende regelen inzake aanbesteding en volstaan gewone handelsbewijsmiddelen ter rechtvaardiging van de uitgaven.

Artikel 6. - Het Instituut wordt beheerd door een Raad van Beheer bestaande uit tenminste twaalf en ten hoogste twintig leden en door een directeur en een adjunct-directeur. De leden van de Raad van Beheer worden voorgedragen door verbruikersorganisaties, voor zover deze vertegenwoordigd zijn in de Raad voor het Verbruik. De Koning benoemt de leden van de Raad na advies van de Minister van Economische Zaken voor een termijn van vier jaar. Hun mandaat is hernieuwbaar.

Artikel 7. - De Raad van Beheer verkiest onder zijn leden een voorzitter en een ondervoorzitter die beiden tot een verschillende taalrol behoren. De ondervoorzitter vervangt de voorzitter van rechtswege, wanneer deze afwezig of belet is. Het onderscheidenlijk mandaat van voorzitter en ondervoorzitter is slechts hernieuwbaar voor een termijn van vier jaar.

Artikel 8. - De Raad van Beheer vergadert minstens viermaal per jaar. De Raad kan slechts geldig beraadslagen wanneer de meerderheid van de leden aanwezig is. De beslissingen van de Raad worden genomen bij gewone meerderheid van stemmen van de aanwezige leden. Bij staking van stemmen is de stem van de voorzitter beslissend.

Artikel 9. - De Raad van Beheer wordt bijeengeroepen ingevolge beslissing van de voorzitter, de meerderheid van de leden van de Raad van Beheer of de directeur van het Instituut.

Artikel 10. - De Raad van Beheer beraadslaagt verplichtend over het reglement van inwendige orde van het Instituut, over de jaarlijkse of meerjarige werkprogramma's voorgedragen door de directeur en over het jaarlijks activiteitsverslag. Het reglement van inwendige orde en de wijzigingen eraan, worden goedgekeurd bij koninklijk besluit.

Artikel 11. - De Raad van Beheer wordt in zijn taak bijgestaan door een directeur en een adjunct-directeur. Zij maken deel uit van de Raad doch bezitten slechts een raadgevende stem. De directeur is belast met de uitvoering van de beslissingen van de Raad van Beheer.

Artikel 12. - De directeur en de adjunct-directeur worden benoemd door de Minister van Economische Zaken. Zij behoren tot een verschillende taalrol.

Artikel 13. - De directeur en de adjunct-directeur benoemen elk voor hun taalrol, de leden van het personeel van het Instituut. Bij deze benoemingen houden zij rekening met de vereisten van toepassing bij het Rijk onder meer inzake bekwaamheid en taalverhoudingen. Het kader van het Instituut wordt vastgesteld door de Minister van Economische Zaken.

Artikel 14. - Afzetting van de directeur en de adjunct-directeur zijn slechts mogelijk om gewichtige redenen, in het bijzonder tekortkoming aan de plicht tot objectiviteit en neutraliteit. De Minister neemt slechts een beslissing na advies van de Raad van Beheer.

Artikel 15. - Het Instituut kan voor het onderzoek van bepaalde problemen beroep doen op de medewerking van deskundige adviseurs.

De Raad van Beheer kan in de loop van zijn beraadslagingen beslissen deze adviseurs te horen.

Artikel 16. - De leden van de Raad van Beheer, de deskundige adviseurs en de leden van het personeel van het Instituut zijn gehouden tot zwijgplicht in hun benoemingsdocument opgelegd. De leden van de Raad van Beheer en deskundige adviseurs mogen nochtans, voor zover dit voor de zakelijke behandeling van het probleem nodig is, met hun verbruikersvereniging of met hun beroepsfederatie overleg plegen.

Artikel 17. - Leden van het personeel, die de zwijgplicht overtreden kunnen door de directeur of de adjunct-directeur worden afgedankt. Bij overtreding door de directeur of adjunct-directeur is het de minister die disciplinaire maatregelen kan nemen of tot de afdanking overgaan na advies van de Raad van Beheer. Bij overtreding door deskundige adviseurs is het de directeur die ontslaat na advies van de Raad van Beheer. Bij overtreding door leden van de Raad van Beheer is het de Minister die eventueel over het ontslag beslist.

Dit alles onafgezien het recht van het Instituut vergoeding te vorderen voor geleden schade.

Artikel 18. - De directeur vertegenwoordigt het Instituut in alle gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen. Hij kan zich naar gelang het geval laten vertegenwoordigen door de adjunct-directeur.

Artikel 19. - Het Instituut mag na machtiging bij koninklijk besluit giften en schenkingen, zelfs van onroerende goederen, aannemen, voor zover de onafhankelijkheid van het Instituut daardoor niet in het gedrang komt. Giften en schenkingen van naamloze vennootschappen, personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en van personen die een handelsactiviteit uitoefenen mogen echter niet worden aanvaard.

Artikel 20. - Geen enkele natuurlijke of rechtspersoon mag zich voor zijn produktie-, handels- of ambachtsactiviteiten beroepen op van het Instituut uitgaande gegevens. Het gebruik voor reclamedoeleinden van gegevens uit door het Instituut uitgevoerde vergelijkende warenonderzoeken is verboden.

Artikel 21. - De regering heeft het recht toezicht te houden op al de verrichtingen van het Instituut en, te dien einde, alle staten en rekeningen te vorderen.

* Zij kan zich verzetten tegen de uitvoering van elke maatregel in strijd met de wet, met het huishoudelijk reglement of met het algemeen belang.

Artikel 22. - Ter uitvoering van dit toezicht worden door de Koning twee regeringscommissarissen benoemd, respectievelijk op voordracht van de Minister van Economische Zaken en van de Minister van Financiën. Zij kunnen zich verzetten tegen beslissingen van de Raad van Beheer die strijdig zijn met de wet, met het huishoudelijk reglement of met het algemeen belang.

Dit verzet dient uitgeoefend binnen de drie dagen na de beslissing van de Raad van Beheer. Heeft de Regeringscommissaris de vergadering van de Raad niet bijgewoond, dan beschikt hij over eenzelfde periode van drie dagen na kennisname van de beslissing. Heeft de Minister binnen een termijn van vijftien vrije dagen ingaand dezelfde dag als de eerste termijn, geen uitspraak gedaan, dan wordt de beslissing definitief.

Artikel 23. - Het Instituut kan de voor de verwezenlijking van zijn doel nodige onroerende goederen aankopen.

Artikel 24. - In de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, wordt in artikel 1, B na "Belgische Instituut voor Normalisatie" ingelast "Nationaal Instituut voor de Verbruikers."

Artikel 25. - Het Instituut wordt met de Staat gelijkgesteld voor de toepassing van de wetten en verordeningen betreffende de directe belastingen van de Staat en de taksen of belastingen van de provincies en de gemeenten.

III. Onuitgegeven Rechtspraak

1. België.

Rb. Brussel, (2e Kamer), 29 oktober 1968.

(Raffinerie Belge de Pétroles (RBP) v. UFIDEC, Richély, Paul en CEDICOL Centre d'information des combustibles liquides, Centrum voor Voorlichting over vloeibare brandstof, V.Z.W.)

(Uittreksel)

Hoewel het interessant zou zijn het vonnis in zijn geheel af te drukken, toch is dit niet mogelijk, aangezien beroep ertegen nog steeds mogelijk is en het vonnis slechts kon worden bekomen op voorwaarde dat het niet zou worden gepubliceerd.

5. "Attendu que, même entendus dans le sens indiqué par la demanderesse, les passages incriminés de la brochure ne sont, en toute hypothèse, pas de nature à porter atteinte à son honneur ou à l'exposer au mépris public, qu'une atteinte éventuelle à la considération dont elle jouit dans sa branche commerciale ne tomberait pas sous l'application de la loi, pénale (Cons. les références législatives rapportées par Mr. le Procureur de Bruxelles, B.J., 1939, col. 533 à 535, en son avis précédant le jugement de Civ. Bruxelles, 10-11 juillet 1938, ibidem);"

6. ...

"Attendu que la demanderesse allègue notamment qu'il convient, dans l'appréciation des commentaires que contient la brochure, de tenir compte "du caractère furtif de la lecture par un consommateur, d'un certain manque de discernement dû à la superficialité d'une lecture non obligatoire";

Attendu qu'il n'est pas établi que la lecture de la brochure par un consommateur doive avoir un caractère "furtif" ou "superficiel"; que la brochure n'étant pas distribuée d'office à des consommateurs peut-être faiblement intéressés par le sujet,

mais achetée par ceux qu'il intéresse et concerne, vraisemblablement, il paraît plus probable qu'elle est lue avec l'attention requise et que son contenu n'est pas nécessairement sujet à une "interprétation rapide";

Qu'il conviendra dès lors d'examiner si un lecteur normalement attentif et normalement appliqué à sa lecture risque d'être entraîné aux conclusions invoquées par la demanderesse;"

8.

"Attendu que les difficultés de prélèvement qu'il invoque ne semblent nullement dénuées de réalité; qu'il était nécessaire de se procurer des échantillons dans des conditions garantissant qu'il s'agissait bien du produit livré sur le marché et fourni au consommateur, ni meilleur, ni pire; qu'il existe aucune raison de supposer a priori qu'il existait des utilisateurs du gasoil ou du fueloil léger produit par la demanderesse parmi les membres de l'association Ufidec, ou, plus précisément, parmi les 64 "membres-correspondants" auxquels elle déclare s'être adressée en décembre 1966; ou qu'Ufidec avait la possibilité d'obtenir d'autres particuliers ou d'autres firmes l'autorisation de prélever des échantillons lors d'une livraison de produits de la demanderesse;"

Rb. Brussel, (12e Kamer), 7 februari 1969.

(Dijkers Albert v. De Instituten van de Belgische Radio en televisie (B.R.T.))

en

Brussel, (8e Kamer), 24 maart 1972.

Gehoord partijen in hun middelen en gezegden en gelet op hun besluiten;

Overwegende dat de rechtsvordering er toe strekt verweester te veroordelen tot de betaling van 737.000 frank ten titel van schadevergoeding en tevens te bevelen dat het tussen te komen vonnis zal gepubliceerd worden in zes Belgische dagbladen, in vier Bel-

gische weekbladen, in een Nederlands, en Frans en een Duits dagblad, naar keuze van eiser;

Dat de vordering gesteund is op de reportage die verweerster op 30 december 1967 wijdde aan de firma Adams-Dexter, confettiproducent te Theux;

Dat eiser voorhoudt dat deze reportage een onrechtmatige handeling uitmaakt die hem aanzienlijke schade heeft berokkend;

BETREFFENDE DE ONTVANKELIJKHEID:

Overwegende dat eiser regelmatig, sedert 19 december 1961, in het handelsregister te Brussel ingeschreven is;

Dat hij als aard van zijn bedrijf aangegeven heeft: "toute fabrication ou transformation de papier";

Dat de fabrikage van confetti en serpentines klaarblijkelijk onder deze omschrijving valt, dat eiser aldus voldaan heeft aan de voor de ontvankelijkheid van de rechtsvordering vereiste publiciteit in het handelsregister; dat de rechtsvordering ontvankelijk is;

IN FEITE:

Overwegende dat verweerster in haar wekelijkse televisie-uitzending "Echo", op zaterdag 30 december 1967, een reportage wijdde aan de confetti fabriek J. Adams-Dexter, te Theux; dat de beluisteringsdienst van verweerster de reportage als volgt weergeeft:

"-Mocht U ergens enkele Engelse ponden hebben liggen, dan kan U nu aan streek-ekonomische planning gaan doen.

- Inderdaad ons duurbaar vaderland is maar één enkele confettifabriek rijk.

- En die ligt dan nog in Wallonië".

- Het echtpaar Adams-Dexter - een gelukkige combinatie van een Waal en een Vlaminge - zijn de confettifabrikanten.

- Maar wat is goede confetti?

- Goede confetti is confetti dat gemaakt is van speciaal papier, zacht papier";

en verder:

"-150 ton confetti en serpentines waaien hier per jaar uit Theux weg over lolbroekend Europa.

- En moet men daarvoor nu een heel jaar werken ?

- Wij werken winter en zomer, maar in de zomer leveren wij het grootste deel aan de groothandelaars en op het einde van het jaar aan de grote magazijnen en in het begin van het jaar aan de feestcomiteiten.

- Het is wel merkwaardig dat onze confettifabrikant zelf nooit naar een carnaval gaat, maar als je het hele jaar in kleurpapier zit, is het begrijpelijk.

- Bij ons is het meer rood, blauw, groen en geel, maar zwart en goud dat is uitsluitend op aanvraag.

- En zoals alles in ons vaderland heeft ook confetti een kleurtje.

- Dat moet en dat wil wat zeggen ook: rood = brandende liefde; blauw = vergeet me niet; groen = een vraag voor afspraak; zwart = voor de mensen met een lelijk karakter".

Overwegende dat niet betwist wordt:

- 1) dat bij de aanvang en op het einde van de uitzending de naam en het adres van de firma Adans-Dexter genoemd en getoond werden;
- 2) dat tijdens de uitzending Mijnheer en Mevrouw Adans-Dexter herhaaldelijk aan het woord kwamen en op het scherm werden voorgesteld in afwisseling met beelden van de fabriek en van het fabricageproces;

*

* *

In rechte:

Overwegende dat de aangevochten uitzending zonder twijfel dient beschouwd te worden als een reclame ten voordele van de firma Adans-Dexter, zulks in strijd met de statuten van verweerster;

Dat verweerster daarenboven een andere fout begaan heeft door deze firma voor te stellen als de enige fabrikant van confetti en serpentines in België;

Dat deze fout gemakkelijk had kunnen vermeden worden door een minimum van inlichtingen in te winnen.

Overwegende dat derhalve vaststaat dat verweerster door vermelde reportage zich schuldig gemaakt heeft aan een onrechtmatige en foutieve daad; dat zulks echter niet volstaat om de rechtsvordering te gronden; dat eiser daarenboven dient te bewijzen dat hij schade geleden heeft en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen deze schade en de door verweerster gepleegde fouten;

WAT DE SCHADE BETREFT:

Overwegende dat eiser beweert grote schade geleden te hebben ingevolge de litigieuze uitzending:

- 1) door verlies van cliënteles;
- 2) door aantasting van zijn commerciële faam bij zijn cliënten;
- 3) door de verplichting waarin hij zich bevond zijn verkoopprijzen - en derhalve zijn winstmarge - te verminderen;

Overwegende dat eiser niet het minste bewijs levert van deze beweringen;

Dat de huidige zaak nochtans gepleit werd op 30 december 1968, hetzij een jaar na de uitzending;

Dat, moest eiser werkelijk cliënten verloren hebben of moesten zijn winstmarges gedaald zijn, het hem gemakkelijk zou geweest zijn zulks door zijn boekhouding te bewijzen; dat de Rechtbank wel moet vaststellen dat al de door eiser voorgebrachte stukken de litigieuze uitzending voorafgaan; dat deze stukken er op wijzen;

- 1) dat eiser, in 1966, in totaal 161 ton papier verwerkte en gedurende de negen eerste maanden van 1967 slechts 74 ton;
- 2) dat de firma Adans-Dexter reeds in juli 1967 prijsofferten deed voor confetti en serpentines, die 15 % lager stonden dan zijn eigen prijzen;

Overwegende dat het weekblad SPECIAL op 20 juli 1967 reeds een reportage wijdde aan de firma Adans-Dexter;

Overwegende dat eiser verder in zijn dagvaarding aanvoert: "dat al zijn cliënten in de waan gebracht werden ofwel dat hij zijn confetti nooit zelf heeft geproduceerd, ofwel dat hij zijn productie van confetti heeft gestaakt of verplicht werd deze op te geven; dat de cliënteel dus in de waan gebracht wordt dat eiser zijn confetti betrok en(of) betreft bij de firma Adans-Dexter en een neiging heeft om zich rechtstreeks te bevoorraden bij deze "enige" producent, in de hoop aldus een tussenpersoon uit te schakelen en zich een regelmatige bevoorrading te verzekeren";

Overwegende dat van al deze beweringen niet het minste bewijs wordt geleverd;

Overwegende dat eiser even vruchteloos aanvoert dat de door hem geleden schade dient begroot te worden op basis van de gebruikelijke tarieven die in Nederland gelden voor de televisiereclame;

Overwegende derhalve dat eiser niet bewezen heeft dat hij enige schade geleden heeft die haar oorzaak vindt in de fouten van verweerster; Dat hieruit volgt dat de eis ongegrond is;

Om deze redenen,

DE RECHTBANK;

Het Hof, na beraad, ~~velt~~ volgend arrest:

Gezien, in behoorlijke vorm overgelegd de door de wet vereiste procedurestukken;

Overwegende dat het hoger beroep regelmatig is naar vorm en tijd;

Overwegende dat de door eiser in hoger beroep ingestelde vordering ertoe strekte gedaagde in hoger beroep te doen veroordelen tot betaling, onder voorbehoud van vermeerdering of vermindering in de loop van het geding van 500.000 fr., ten titel van schadevergoeding, met publicatie van het tussen te komen vonnis, wegens de omstandigheid dat gedaagde in hoger beroep in haar uitzending van zaterdag 30 december 1967, in de rubriek "Echo" gewag heeft gemaakt van het feit dat er in België slechts een enkele producent van confetti zou bestaan, zijnde de firma Dexter-Adans, te Theux, waarvan het adres, zo bij het begin als bij het einde van de uitzending, zeer duidelijk getoond werd; Dat eiser in hoger beroep, thans vóór het Hof, het bedrag der gevorderde schadevergoeding verhoogt tot op (537.000 + 200.000 + 500.000) = 1.237.000 fr;

Wat betreft de ontvankelijkheid van de vordering:

Overwegende dat om gegronde redenen die door, het Hof worden overgenomen, de eerste rechter terecht beslist heeft dat het vervaardigen van confetti en serpentines onder de omschrijving viel voor dewelke eiser in hoger beroep regelmatig in het handelsregister ingeschreven werd ("toute fabrication en transformation de papier"), en dat de vordering aldus ontvankelijk was;

Ten gronde:

Overwegende dat gedaagde in hoger beroep niet betwist de kwestieuze reportage gedaan te hebben,

Dat zij alzo reclame of publiciteit deed ten voordele van de firma Dexter-Adans, in strijd met haar statuten en in het bijzonder met artikel 28 § 3 van de wet van 18 mei 1960;

Overwegende dat het bestreden vonnis dan ook terecht beslist heeft dat gedaagde in hoger beroep door vermelde reportage zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige en foutieve daad; Overwegende dat het commentaar van de reportage als volgt luidde: "Mocht u nog ergens Engelse ponden hebben liggen, dan kan u nu aan streek-economische planning gaan doen. Inderdaad, ons duurbaar vaderland is maar één enkele confettifabriek rijk. Het echtpaar Adans-Dexter - een gelukkige combinatie van een waal en een vlaminge - zijn de confetti-fabrikanten... Goede confetti is confetti dat gemaakt wordt van speciaal papier, zacht papier... Het is wel merkwaardig dat onze confetti-fabrikant zelf nooit naar een carnavaal gaat, maar als je het hele jaar in kleurpapier zit, is het begrijpelijk... Rood, brandende liefde; blauw, vergeet me niet; groen, een vraag voor afspraak; zwart, voor mensen met een lelijk karakter" (zoals opgenomen door de beluisteringsdienst van de BRT);

Overwegende dat dit kort commentaar, door zijn humoristisch, zelfs onbeduidend en onbenullig karakter, aan eiser in hoger beroep geen schade heeft veroorzaakt;

Dat de kijker door deze uitzending niet beïnvloed kon worden door reclame ten gunste van een of ander merk;

Overwegende dat eiser in hoger beroep trouwens niet bewijst schade geleden te hebben;

Dat hij wel beweert verplicht te zijn geweest zekere prijzen voor confetti en serpentines te verlagen, zonder nochtans te bewijzen dat er noodzakelijk oorzakelijk verband zou bestaan tussen de uitzending en de prijsverlaging; dat, anderzijds, wel bewezen wordt dat de omzet voor andere koopwaren steeg (cfr. brief dd. 15 november 1968 van de firma P.G. te Maastricht:

"Wij verzoeken u onze order van 18.4.jl. te verminderen met 10.000 rol serpentines tot 25.000 stuks, en de hoedjes te verhogen met 6.000 stuks ... Verder mochten wij nog graag ontvangen 1.000 st. guirlandes..."

Overwegende dat eiser in hoger beroep zich bovendien onthoudt
zijn fiscale aangiften en aanslagen mede te delen voor de ja-
ren 1965 en volgende (artikel 239 der wetten van 26 februari 1964
betreffende de inkomsten-belasting);

Om deze redenen

Het Hof

Ontvangt het hoger beroep;

Verklaart het ongegrond;

Rb. Brugge (1e Kamer), 24 december 1974

(Nationaal Verbond van Visventers v. De Verbruikersunie)

A. VOORWERP VAN DE VORDERING

In het maandblad "Test Aankoop" nummer 125 van januari 1973, liet verweerster een verslag verschijnen over het onderzoek van de kwikvervuiling bij wilde en gekweekte mosselen. Deze uiteenzetting bevatte een reeks waarschuwingen nopens het visverbruik in het algemeen.

Aan deze publikatie werd door verweerster een ruime ruchtbaarheid gegeven ter gelegenheid van een persconferentie, gehouden te Brussel op 10 januari 1973, waarvan het tema liep over "de hachelijke gevolgen van het storten van industriële afval in volle zee onder andere op de consumptie van vis".

Dit alles werd door televisie en pers uitvoerig overgenomen. Eiseres houdt voor dat ten gevolge van voormelde publikatie en publiciteit het visverbruik in gans het land aanzienlijk verminderde. Aangezien zij tot doel heeft de studie, de verdediging en de uitbreiding der beroepsbelangen van haar leden, meent eiseres gerechtigd te zijn, de herstelling van de berokkende schade op te vorderen; gedaagde zou inderdaad lichtzinnig, voortvarand en zonder enige wetenschappelijke verantwoording opgetreden zijn.

Hiertoe stelde zij bij eksploot van 26 januari 1973, neergelegd ter griffie dezer Rechtbank op 1 februari daaropvolgend, een procedure in, strekkende tot:

- vergoeding van haar extra-patrimoniale schade, geraamd op de symbolische frank;
- betaling van een bedrag van 100.000 frank, onder voorbehoud van vermeerdering of vermindering in de loop van het geding, ter vergoeding van de materiële schade, voortvloeiende uit de kosten die eiseres noodzakelijkerwijze zal hebben om de nadelige gevolgen ongedaan te maken van de aangeklaagde actie van verweerster;

- de bekendmaking van het tussen te komen vonnis in acht dagbladen naar keus;
- de veroordeling van gedaagde tot al de kosten van het geding, met inbegrip van de bekendmakingskosten.

In regelmatig ter griffie neergelegde besluiten van 2 september 1974, werd het gevorderd bedrag verhoogd tot 250.000 frank.

In tweede besluiten van 13 september 1974, vroeg eiseres de toekenning van een provisionneel bedrag van 50.000 frank, met aanstelling van een deskundige, voor verdere ontleding van de schade. Alhoewel eiseres de juridische grondslag van haar vordering niet vermeldde, blijkt deze op de termen van artikel 1382 van het burgerlijk wetboek te berusten.

B. BEOORDELING

1. Over de ontvankelijkheid.

In rechte beroept verweerster zich vooreerst op de onontvankelijkheid van de eis, aanvoerend dat:

- enkel beroepsverenigingen zich op een collectief belang mogen beroepen om in rechte op te treden;
- eiseres niet bewijst, dat ze de nodige hoedanigheid heeft om op te treden, noch dat in haren hoofde enig rechtstreeks, bepaald legitiem en persoonlijk belang geschonden werd.

Eiseres beperkt er zich toe voor te houden dat zij gerechtigd is haar eigen schade te laten gelden.

Blijkens artikel 3 van aanlegster's statuten (bijleggen Belgisch Staatsblad 3 december 1970 p. 3321) heeft deze laatste tot doel de studie, verdediging en de uitbreiding der beroepsbelangen van haar leden. Om dit doel te bereiken kan de vereniging in haar schoot diensten oprichten en initiatieven nemen, nodig voor het algemeen welzijn van haar leden.

Het lijdt geen twijfel dat gepersonaliseerde verenigingen, zoals alle andere fysische personen en rechtspersonen, aanspraak kunnen maken op de vergoeding van de schade, die hun persoonlijk is berokkend. (zie R.O. Dalcq in Les Nouvelles V (2), n°3017).

Aan het begrip "persoonlijke schade" geeft eiseres echter in casu een onaanvaardbare draagwijdte. Behoudens de wettelijke erkende beroepsverenigingen (Wet van 31 maart 1898, art. 2 en 10) kunnen de verenigingen geen herstel vorderen van de schade, veroorzaakt door aantasting van de belangen ter bescherming waarvan ze zijn opgericht, noch in rechte optreden ter verdediging van de individuele rechten, die haar leden in hun hoedanigheid van vennoten bezitten. (zie Cass. 9 december 1957, R.C.J.B. 1958, p. 247 met noot J. Dabin; Cass. 18 december 1967, (Arr. Cass. 1968 p. 558); Cass. 28 juni 1968, J.T. 1968, p. 579; Cass. 12 september 1972, Arr. Cass. 1978, p. 47, zie ook daaropvolgend arrest van Brussel 8 mei 1973, R.W. 1974-75 p. 122; R.O. Dalcq in Les Nouvelles V (2) nrs 3018 en volgende, zie ook 3051).

In casu toont eiseres niet aan dat een persoonlijk belang zou geschonden zijn. Het volstaat het maatschappelijk doel van eiseres voor ogen te houden, om vast te stellen dat het optreden van verweerster dit geenszins in het gedrang bracht. (zie in dit verband meer in het bijzonder de beschouwingen van R.O. Dalcq in Les Nouvelles V (2), nr. 3030)

De vordering van een symbolische frank zinspeelt klaarblijkelijk op de erkenning van de aantasting der beroepsbelangen, ter bescherming waarvan eiseres werd opgericht.

Anderzijds is de aanspraak op een bedrag van 100.000 frank, achteraf gebracht op 250.000 frank, bestemd om de gebeurlijke door de individuele leden ondergane schade te vergoeden. Hierbij komt nog dat voormeld bedrag geen aktuele schadepost behelst, maar betrekking heeft op eventuele toekomstige uitgaven, zodat een dergelijke aanspraak ook om die reden reeds ontoelaatbaar is. (art. 17 en 18 G.W.) Op geen enkel ogenblik heeft eiseres aangetoond, hoe deze vordering enig verband zou kunnen houden met schade, die het optreden van verweerster aan de verwezenlijking van haar eigen maatschappelijk doel zou toegebracht hebben. (zie ook A. Fétis weis, Droit Judiciaire Privé (1973), I, nrs. 177, 180 en 181).

Gelet op het voorgaande komt de vordering van eiseres dan ook onontvankelijk voor.

2. Over de grond.

Gezien de vordering, zoals ze ingesteld werd, onontvankelijk is, hoeft de grond niet nader onderzocht te worden.

OM DEZE REDENEN;

De rechtbank,

Wijzende in eerste aanleg en op tegenspraak;

Alle strijdige of meer omvattende besluiten verwerpende als ongegrond, niet dienend of overbodig;

Verklaart de vordering van eiseres onontvankelijk en veroordeelt ze tot al de kosten van het geding.

Rb. Brugge, (1e Kamer), 24 december 1974.

(Rederscentrale v. Verbruikersunie)

A. VOORWERP VAN DE VORDERING

In het maandblad "Test Aankoop" nummer 125 van januari 1973, liet verweerster een verslag verschijnen over het onderzoek van de kwikvervuiling bij wilde en gekweekte mosselen. Deze uiteenzetting bevatte een reeks waarschuwingen nopens het visverbruik in het algemeen.

Aan deze publikatie werd door verweerster een ruime ruchtbaarheid gegeven ter gelegenheid van een persconferentie, gehouden te Brussel op 10 januari 1973, waarvan het thema liep over "de hachelijke gevolgen van het storten van industriële afval in volle zee, onder andere op de consumptie van vis".

Dit alles werd door televisie en pers uitvoerig overgenomen.

Eiseres houdt voor dat, ten gevolge van voormelde publikatie en publiciteit, het visverbruik in gans het land aanzienlijk verminderde. Daar, volgens haar, verweerster lichtzinnig, voortvarend en zonder enige wetenschappelijke verantwoording optrad, meent eiseres aanspraak te mogen maken op de herstelling van de berokkende schade.

Hiertoe stelde zij, bij exploit van 22 januari 1973, neergelegd ter griffie op 2 februari daaropvolgend, een procedure in, strekkende tot:

- vergoeding van het verlies aan bijdragen, geraamd op 5.718.000 frank, achteraf in regelmatig ter griffie neergelegde besluiten van 2 september 1974 herleid tot 595.750 frank;
- de vergoeding voor meerdere uitgaven ten gevolge van een grotere opvang, geraamd op 4.000.000 frank, achteraf in voormelde besluiten herleid tot 89.993 frank;
- toekenning van een som van 10.000.000 frank, om een doeltreffende publiciteitsactie te voeren, die de nadelige gevolgen van het optreden van verweerster ongedaan moet maken;
- toekenning van een morele schadevergoeding van 100.000 frank;

- de bekendmaking van het tussen te komen vonnis in alle dagbladen van het land en in twintig weekbladen van haar keuze;
- de bekendmaking van het tussen te komen vonnis in de tijdschriften van verweerster, moet name Test Aankoop en Test Achats, en bij gebreke zulks te doen, de toekenning van een bijkomende schadevergoeding van 100.000 frank;
- de toekenning van al de gedingskosten, met inbegrip van de bekendmakingskosten.

In de regelmatig ter griffie neergelegde besluiten van 2 september 1974, verklaarde eiseres zich naar de wijsheid van de Rechtbank te gedragen, voor wat de morele schadeloosstelling betreft, terwijl ze andere posten, zoals hierboven reeds aangestipt, aanzienlijk verminderde.

In tweede besluiten, regelmatig ter griffie neergelegd op 13 september 1974, vroeg eiseres de toekenning van een provisioneel bedrag van 50.000 frank, met aanstelling van een deskundige voor verdere ontleding van de schade.

Alhoewel eiseres de juridische grondslag van haar vordering niet vermeldde, blijkt deze op de termen van artikel 1382 van het burgerlijk wetboek te berusten.

B. BEOORDELING

1. Over de ontvankelijkheid.

In rechte beroept verweerster zich vooreerst op de onontvankelijkheid van de vordering, aanvoerende dat:

- enkel beroepsverenigingen, in de zin van de wet van 31 maart 1893, zich op een collectief belang mogen beroepen, om in rechte op te treden;
- eiseres niet bewijst dat ze de nodige hoedanigheid bezit om op te treden, noch dat in haren hoofde enig rechtstreeks, bepaald, legitiem en persoonlijk belang geschonden werd.

Eiseres beperkt er zich toe, voor te houden dat zij gerechtigd is, haar eigen schade te laten gelden.

Blijkens artikel 3 van de statuten, verleend voor notaris Quaghebeur te Oostende, op 9 juli 1950, werd het maatschappelijk doel van eiseres als volgt omschreven:

"Alle handelingen te treffen op industrieel, financieel en commercieel plan, evenals alle commerciële activiteit ontplooiën om de renderende uitbating van de vissersvaartuigen in de mate van het mogelijke te waarborgen alsmede maatregelen treffen ten gunste van een rationele beoefening van de visserij en ter verbetering van de verkoopsvoorwaarden van de produktie van de aangesloten leden, met inbegrip van een stelsel minimumprijzen, waardoor de leden in alle omstandigheden verzekerde aanvoerprijzen bekomen, geheel of gedeeltelijk gefinancierd door bijdragen.

De maatschappij mag alle geld-, handels- en nijverheidsverrichtingen alsmede alle roerende en onroerende handelingen doen, welke rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met haar maatschappelijk doel. Zij mag zich interesseren in alle ondernemingen, welke kunnen bijdragen tot haar ontwikkeling en in alle maatschappijen welke een doel nastreven, dat overeenkomt of in verband staat tot het hare. De raad van beheer is bevoegd om de aard en de draagwijdte van het doel van de vennootschap te verklaren".

Het is bezwaarlijk voor betwisting vatbaar, dat rechtspersonen, zoals fysieke personen, aanspraak kunnen maken op de vergoeding van de schade die hun persoonlijk berokkend is. (zie R.O.Dalco in Les Nouvelles V (2), n°2.991 en volgende).

Zo de ingeroepen schadeposten, met name verlies aan bijdragen, meerdere uitgaven ten gevolge van een grotere opvang en morele schadeloosstelling, wellicht een persoonlijk karakter vertonen waarvan de gegrondheid desgevallend te onderzoeken blijft (zie infra sub II), vertoont de gevorderde schadevergoeding van 10.000.000 frank, dit karakter blijkbaar niet.

De eigenlijke persoonlijke schade is in de hoger-vermelde posten vervat. In dit verband is het trouwens betekenisvol dat, waar die schade benevens de morele schadeloosstelling, oorspronkelijk begroot was op 9.718.000 frank, ze achteraf tot de periode januari-maart beperkt en uiteindelijk geraamd werd op 685.743 frank.

Het bedrag van 10.000.000 frank betreft dus blijkbaar niet een persoonlijke schade van eiseres maar behelst de vordering van de som die ze wenst aan te wenden niet tot de herstelling van eigen werkelijke schade, maar tot het voeren van een algemene publiciteitscampagne, die de veel ruimere collectieve belangen van de visserijsector aangaat. Eiseres heeft geen hoedanigheid om die aanspraak te doen gelden. (zie A. Tetweis, Droit Judiciaire privé (1973) I, n°177 en 180).

Op dit stuk komt de vordering van eiseres dan ook niet toelaatbaar voor.

2. Over de grond.

Gelet op de kwasi-deliktuele grondslag van de onderhavige vordering, behoort het eiseres toe het bewijs te leveren van de door haar geleden schade, van de fout in hoofde van verweerster en van het oorzakelijk verband tussen de schade en de fout.

a) Nopens de eigen schade.

Zo het voor eiseres vermoedelijk moeilijk was, reeds ten tijde van de betekening van het dagvaardingseksploot, alle stukken in verband met haar schade voor te leggen, is het niettemin zonderling te noemen dat haar bundel zelfs thans meer dan anderhalf jaar later, geen enkel stuk bevat.

Het volstaat in casu niet op een deskundig onderzoek aanspraak te maken, om na te zien of wellicht enige schade zou kunnen aan te wijzen zijn, zonder ook maar enig bescheid voor te leggen.

Waar de aangeklaagde feiten zich in de loop van de maand januari 1973 voordeden en de debatten slechts in september 1974 plaats grepen, was het eiseres, als handelsvennootschap, minstens mogelijk een uitgebreide balans over haar werkzaamheden van het jaar 1973 voor te leggen, om haar aanspraken kracht bij te zetten of met een voldoende graad van waarschijnlijkheid te staven.

Omzichtigheid is in casu des te meer geboden, dat de oorspronkelijk voor herstelling van de materiële schade gevorderde bedragen (9.718.000 frank) reeds in de loop van het geding tot aanzienlijk minder dan één tiende herleid werden (685.643 F), terwijl voor de morele schadeloosstelling niet ernstig meer aangedrongen wordt. Voor deze laatste post beperkt eiseres er zich, in de motivering van haar besluiten van 2 september 1974, toe, zich naar de wijsheid van de Rechtbank te gedragen, terwijl het dispositief er geen gewag meer van maakt.

Het lijkt onontbeerlijk omtrent deze eerste fundamentele vereiste voor de toepassing van artikel 1382 van het burgerlijk wetboek volledig ingelicht te worden.

b) Nopens de fout en het oorzakelijk verband tussen schade en fout. Waar het hic et nunc niet uitgemaakt is, dat de eerste basisvoorwaarde voor het instellen van een vordering in hoofde van eiseres is vervuld, komt het in de huidige stand van de procedure niet passend voor, reeds de andere bestanddelen aan een grondig onderzoek te onderwerpen en wellicht ook op dit stuk kostelijke, aanvullende onderzoeksmaatregelen te bevelen, die achteraf onverantwoord zouden blijken te zijn.

OM DEZE REDENEN:

De Rechtbank,

Wijzende in eerste aanleg en op tegenspraak,

Verklaart de onderhavige vordering ontoelaatbaar, voor zover ze de toekenning van een som van tien miljoen frank behelst.

Verklaart de vordering ontvankelijk voor het overige, doch, alvorens hieromtrent verdere gronde recht te doen, beveelt de heropening van de debatten om de partijen toe te laten aanvullende besluiten en stukken neer te leggen nopens de aangevoerde schade.

Stelt de zaak ten dien einde uit op dinsdag, EILF MAART 1900 VIJFEN-
ZEVENTIG, om tien uur.

Houdt de kosten inmiddels aan.

Verklaart onderhavig vonnis, voor zoveel als nodig, uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaand elk rechtsmiddel en zonder borgstelling.

Rb. Brugge , (1e kamer), 3 juni 1975.

(Rederscentrale v. Verbruikersunie).

A. HISTORIEK

De oorspronkelijke vordering van eiseres betrof in hoofdzaak een vordering in betaling van schadevergoeding wegens de nadelige gevolgen van een aan verweerster toegeschreven foutieve publikatie en publiciteit, in verband met het visverbruik.

Het probleem van het kwikgehalte van vis, dat aan de basis lag van de in hoofde van verweerster gelaakte handelswijze, komt bijzonder kies voor. Ongeacht de in de bundels van partijen berustende gegevens, werd op het niveau van de E.E.G. hieromtrent zelfs aan de Commissie een vraag gesteld, waarop dit orgaan onder meer als antwoord verstrekke: "de lidstaten hebben een aantal gegevens met betrekking tot de aanwezigheid van kwik in vis aan de Commissie doen toekomen. De bestudering van deze gegevens is zeer ingewikkeld gebleken, met name wat betreft de controle modaliteiten welke bij de vaststelling van bepaalde grenzen moeten worden aangegeven; deze studie is thans nog niet beëindigd" (zie antwoord op de schriftelijke vraag n°391/72 van de heer Vredeling, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, n° C 138 van 31 december 1972, p. 75).

Ten einde desgevallend nutteloze onkosten van belangrijke en complexe onderzoeksmaatregelen nopens het al dan niet verantwoord karakter van de gegevens, waarop verweerster haar optreden steunde, te vermijden, achtte de Rechtbank het derhalve geraadzaam, vooreerst uit te maken of eiseres van effectief bewezen schade kon gewagen.

Daar eiseres hieromtrent slechts schaarse gegevens verstrekt had, werd op dit stuk de heropening der debatten bevolen.

Partijen hebben diensvolgens hun middelen nopens de schade verder uitgewerkt; eiseres bracht tevens een reeks nieuwe bescheiden voor.

Eiseres omschrijft thans haar schade definitief als volgt:

- minder geïnde bedragen	200.000 F
- vergoeding wegens grotere opvang	<u>503.994 F</u>
samen.....	703.994 F

Bij tegeneis vordert verweerster op de inleidende vordering één frank morele schadevergoeding, wegens procesmisbruik.

B. BEOORDELING

1. Nopens de hoofdvordering.

Eiseres brengt tot staving van haar aanspraken, een reeks statistische gegevens voor, die blijkbaar met veel omzichtigheid dienen benaderd en geïnterpreteerd.

Anderzijds verstrekken de overgelegde jaarverslagen over de jaren 1972-1973, zeer nuttige gegevens.

a) Over de minder ontvangst van bijdragen.

De inkomsten van eiseres bestaan blijkbaar voor een belangrijk deel uit een bijdrage van 0,80 % op de besomming van de verkochte vis. Eiseres houdt in dit verband voor, dat ingevolge de laakbare handelswijze van verweerster, de gemiddelde visprijs in de loop van de maand januari 1973 het dieptepunt van 22,15 F/kg. bereikte. Zo de effectief geïnde bijdragen (757.822 F) niet zozeer verschillen van de bijdragen der maand december 1972 (765.817 F) zou zulks alleen zijn uitleg vinden in de grote hoeveelheid aangevoerde vis. Indien de prijs door de onrechtmatige handelswijze van verweerster niet ware gedrukt geweest, zouden de inkomsten veel meer belopen hebben. De weerslag zou derhalve duidelijker te merken zijn voor de maanden februari en maart 1973, waar de hoeveelheden minder hoog lagen.

Aanvankelijk beperkte eiseres zich tot de mededeling van statistische gegevens voor het vierde trimester 1972 en het eerste trimester 1973. Naderhand werden aanwijzigingen verstrekt over de

evolutie van de visprijs, tijdens de jaren 1971, 1972, 1973 en 1974. Tevens werden statistieken overgeleg voor de totale visaanvoer en de uitvoer van vis over de jaren 1972, 1973 en 1974. Deze gegevens werpen een schril licht op de aanzienlijke prijschommelingen, die zich blijkbaar omwille van tal van omstandigheden in de visserijsector voordoen.

Alzo staat vast, dat de gemiddelde visprijs gedurende het jaar 1971 belangrijke schommelingen kende tussen januari (19,40 F) en december (18,61 F), met een dieptepunt in februari (17,76 F) en een hoogtepunt in mei (25,97 F). Het jaar 1972 ving aan met een prijs van 20,57 F in januari, kende dieptepunten in februari (17,58 F) en juli (15,99 F) en bereikte uiteindelijk een hoogtepunt in december (26,93 F). Het kritische jaar 1973 kende schommelingen van 22,15 F in januari en 24,02 F in februari tot 31,09 F in december, met hoogtepunten van 31,86 F in april en 35,60 F in mei, terwijl de prijs in oktober slechts 25,17 F bedroeg, zegge minder dan in de maand maart (25,19 F), die nochtans als een der bijzondere kritieke maanden aangestipt wordt. Uiteindelijk kende het jaar 1974 schommelingen van 31,66 F in januari tot 34,15 F in december met een hoogtepunt van 36,23 F in mei en een dieptepunt van 25,16 F in augustus.

Een grondige ontleding van de voorgebrachte elementen toont aan dat het bestaan van een oorzakelijkheidsverband tussen bepaalde prijzen en het optreden van verweerster allesbehalve vaststaat. Op dit stuk levert het jaarverslag over de activiteit van de eiseres voor het jaar 1973 bijzonder interessante gegevens. (zie bundel eiseres aanvullende stukken omslag G, stuk G) Men leest er (zie o.m. p.4) dat de opmerkelijke stijging van de gemiddelde prijs uiteraard het gevolg is van het spel van vraag en aanbod, waarbij door de gedaalde aanvoer en bij een gestegen vraag naar visprodukten, de prijzen de hoogte ingaan. Er wordt zelfs aan toegevoegd, dat, gelet op de schaarste aan visprodukten op de wereldmarkt, deze prijsstijgingen zich niet enkel voor bepaalde maar voor alle vissoorten manifesteren.

~~Voorgaande vaststelling levert meteen de uitleg van het diepte-~~
punt van de visprijs tijdens de maand januari 1973. Het is op-
vallend dat de visaanvoer een rekord bereikte van 4.635.180 kg.,
hetgeen op de prijs moet gedrukt hebben. In dit verband is het
niet van belang ontbloot, er op te wijzen, dat de visprijs in
oktober 1972 nog minder beliep dan in januari 1973 (22,14 Fr tegen-
over 22,15 Fr) en dat de visaanvoer toen eveneens zeer aanzienlijk
was (4.479.933 kg). Het volstaat overigens de overgelegde tabel-
len te overlopen, om vast te stellen, dat, bij aanzienlijke vis-
aanvoer, de gemiddelde visprijs in tal van gevallen vermindert.
Het reeds aangehaald jaarverslag van 1973 vermeldt verder (zie
p. 5), dat de inkomsten ten overstaan van het vorig jaar aan-
zienlijk lager waren tengevolge van de verminderde aanvoer op ba-
sis van dewelke de bijdrage wordt geïnd. Uit de overgelegde tabel-
len spruit, dat de visaanvoer tijdens het eerste trimester 1972
13.192.246 kg bedroeg, tijdens het vierde trimester 12.293.276 kg
bedroeg, tijdens het vierde trimester 12.293.276 kg en tijdens het
eerste trimester 1973 11.804.554 kg, waarbij men dan nog moet voor
ogen houden, dat de visaanvoer voor januari 1973 het absoluut re-
kord voor de jaren 1972-1973 bereikte van 4.635.180 kg, hetgene
er op wijst dat de achterstand in aanvoer des te gevoeliger was
voor de maanden februari en maart 1973, al werd voor deze maan-
den een flinke stijging van het gemiddelde waargenomen.

Het is opmerkelijk dat het jaarverslag op geen enkel ogenblik ver-
wijst naar een mogelijke weerslag, in de visserijsector, van het
optreden van verweerster.

Dit rechtvaardigt het besluit, dat eiseres in gebreke blijft enig
oorzakelijk verband aan te tonen tussen gebeurlijke mindere ont-
vangsten en bepaalde aan verweerster verweten handelingen.

b) Over de vergoeding wegens grotere opvang.

Alle aangevoerde commerciële vissoorten genieten in België van een stelsel van minimumprijzen. Worden deze niet bereikt, dan wordt de vis opgehouden en bekomen de betrokken reders de vastgestelde minimumprijzen.

Uit de overgelegde bescheiden spruit (zie jaarverslag 1973 en brief van eiseres aan haar raadsman van 24 maart 1975, omslag G, stuk K), dat een onderscheid dient gemaakt tussen de E.E.G.-ophoudregeling, die voor een reeks beschermde vissoorten geldt en aanlegster's autonome opvangregeling voor de niet beschermde vissoorten. Voor de eerste wordt een E.E.G.-tussenkomst tussen 65 à 75 % voorzien, terwijl de financiering van de tweede volledig ten laste blijft van de eiseres (zie jaarverslag 1972, blz.5) Op E.E.G.-niveau wordt thans een gemeenschappelijk marktbeleid uitgewerkt, waarbij uitgegaan wordt van minimumprijzen die, op grond van een ingewikkeld en uiterst complex mechanisme uitgerekend worden. Blijkens aanlegster's jaarverslag 1973 is het systeem van tal van wijzigingen en correcties toe.

Van de andere kant wordt de opgehouden vis voor vismeelfabricatie en dierenvoeding afgestaan, zodat aldus aanzienlijke bedragen worden gerecupereerd. (zie jaarverslag 1973, blz.5 en 6).

Eiseres maakt in haar vordering tussen beide regelingen geen onderscheid, en gewaagt evenmin van de opbrengst van de wederafstand der opgehouden vishoeveelheden. Zij beperkt er zich toe aan te voeren, dat, ten gevolge van de handelswijze van verweerder, grotere hoeveelheden vis de minimumprijzen niet haalden, zodat zij voor belangrijke bedragen moest tussenkomen. Het verlies wordt, na vergelijking met de opvang tijdens het laatste trimester 1972, op 503.994 frank geraamd over de periode januari-februari-maart 1973.

Ook hier dient blijkbaar de stelling van eiseres met grote omzichtigheid benaderd. De oorspronkelijke in besluiten van 28 februari 1975 verstrekte gegevens beperkten zich tot het laatste trimester 1972 en het eerste trimester 1973. De tabellen die achteraf voor de jaren 1972, 1973 en 1974 overgelegd werden, tonen aan, dat de opvang, wegens niet nader verklaarde redenen, van maand tot maand opmerkelijke verschillen kan vertonen. Alzo vindt men tijdens het jaar 1972 hoogtepunten van 329.041 kg in juli, 147.462 kg in maart en 94.333 kg in juni. In 1974 vindt men hoogtepunten van 120.594 kg in april en 98.845 kg in augustus.

Bij ontstentenis van bijkomende gegevens op dit stuk, laat derhalve hier, et hunc niets toe, enig verband te leggen tussen de grotere opvang in maart 1973, na bepaalde handelingen van verweerster, die zich hoofdzakelijk in januari 1973 voordeden.

Ook hier is het opmerkelijk, dat eiseres in haar jaarverslag 1973, bij de bespreking van de problematiek van de opvang, deze op geen enkel ogenblik in verband brengt met het optreden van verweerster.

Zo eiseres oorspronkelijk nog een vergoeding van 100.000 frank vorderde wegens morele schade, wordt hierop sedert het tussenvonnis niet langer aangedrongen. Eiseres legde overigens geen gegevens over, die tot het bestaan van een dergelijke schade konden doen besluiten.

Waar eiseres in gebreke bleef, het bewijs te leveren van enige schade, die aan het optreden van verweerster zou kunnen toe te schrijven zijn, dient niet verder ingegaan op het al dan niet foutief karakter van dit optreden.

2. W. Duitsland

LG München, 16 maart 1971.

(7e Zivilkammer)

wegens Unterlassung u.a. (UWG)

IM NAMEN DES VOLKES

folgendes

Endurteil:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu längstens 6 Monaten zu unterlassen, den vergleichenden Warentest "Feinstrumpfhosen", wie in der Zeitschrift für den Verbraucher "test" Heft Nr.9 Sept.1970 S. 396 bis S. 401 veröffentlicht, zu verbreiten, soweit darin der Artikel Bellinda "panty" vergleichend mit anderen Fabrikaten qualifiziert und mit dem Test-Qualitätsurteil "weniger zufriedenstellend" versehen wird.

II. Die Beklagte wird verurteilt:

- a) in der nächsten, bei Vollstreckbarkeit des Urteils noch nicht zum Druck abgeschlossenen Ausgabe ihrer Zeitschrift "test" zu erklären, dass sie die Angaben über die Feinstrumpfhose "Bellinda-panty" in der Zeitschrift "test" von Sept.1970 bezüglich der Passform und im Test-Qualitätsurteil "weniger zufriedenstellend" nicht aufrechterhält,
- b) die Personen, Firmen, Verbände und Organe, die mit ihrer Genehmigung die unter a) näher beschriebenen Angaben über die Feinstrumpfhose "Bellinda-panty" veröffentlichten, dahingehend zu verständigen, dass diese Angaben nicht aufrechterhalten werden.

III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser aus der Verbreitung des in Ziffer I näher beschriebenen Warentestes "Feinstrumpfhose" entstanden ist oder noch entstehen wird.

IV. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

V. Das Urteil ist zugunsten der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 500.000,- DM vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird gestattet, die Sicherheitsleistung durch unbedingte, unbefristete und selbstschuldnerische Bürgschaft der Dresdner Bank, Augsburg zu erbringen.

TATBESTAND:

Die Klägerin stellt her und vertreibt Strumpfhosen und Strümpfe aller Art. Zu ihrem Produktions- und Vertriebsprogramm gehört eine Strumpfhose "Bellinda-panty", die im Einzelverkauf für DM 3,95 verkauft wird.

Die Beklagte ist eine privatrechtliche Stiftung, deren Zweck es ist, Untersuchungen an miteinander vergleichbaren Waren und Leistungen nach wissenschaftlich gesicherten Methoden durchzuführen und die Öffentlichkeit darüber zu unterrichten. Im September-Heft der Zeitschrift "test" der Beklagten veröffentlichte die Beklagte einen Test über Feinstrumpfhosen, und zwar über 26 verschiedene Fabrikate, u.a. das Fabrikat Bellinda-panty der Klägerin. Bei der Veröffentlichung ging, wie gewöhnlich bei Tests der Beklagten, die Erstellung eines Prüfprogramms voraus, bei dem ein Programmierungsbeirat, u.a. je ein Herr der Firmen Hudson und Uhli beratend mitwirkte. Dieses Prüfprogramm (Anl. K 1/B 1) wurden allen Herstellern am 9.1.1970 zur Kenntnisnahme zugesandt. Mit Schreiben vom 16.7.1970 teilte die Beklagte der Klägerin wie den anderen Herstellern die Ergebnisse des Testes - jedoch ohne Beurteilung - mit. Über die dem Test zugrundeliegenden Untersuchungen und über die Bewertungsmethode hat die Klägerin in der Zeitschrift "test" unter der Rubrik ausgewählt, geprüft bewertet wie

folgt berichtet:

Geprüft wurden Feinstrumpfhosen, vornehmlich in den Preislagen um 2,95 DM, 3,95 DM und 4,95 DM.

Das Wichtigste an Strumpfhosen ist die Passform.

Deshalb die Bewertung :

Passform: 70 Prozent

Aufgeteilt in 30 Prozent für Grösse I und 40 Prozent für die problematischere Grösse II.

Sortierung: 30 Prozent

Die Beurteilung der Passform ergab sich aus praktischen Trageversuchen. Rund 30 Mädchen und Frauen, denen entsprechend ihrer Körper- und Konfektionsgrösse die Strumpfhosen I oder II passen sollten, nahmen an diesen Versuchen teil. Jede Strumpfhose wurde an drei Tagen getragen und dabei täglich gewaschen. In Fragebögen beantworteten die Versuchspersonen Fragen nach Passform der Strumpf und Fussteile, des Hosenteils und des Bundes und vermerkten Faltenbildung.

Wenn einzelne Teile der Strumpfhose den meisten Trägerinnen zu lang oder zu kurz waren, gaben wir dies in den Einzeltexten an. Streuten die Aussagen sehr, d.h. reichten die Urteil der Versuchspersonen bei der gleichen Strumpfhose von "zu kurz" bis "zu lang", schrieben wir im Einzeltext des betreffenden Fabrikates "passt nicht". Schlecht passende Strumpfteile wurden stärker gewichtet als ein schlecht passendes Hosenteil, da sich der zweite Fehler immer noch durch eine darübergetragene Niederhose teilweise ausgleichen lässt. Die Note für die Sortierung setzte sich aus zahlreichen Einzelbeurteilungen zusammen. Eine grössere Anzahl Strumpfhosen jeden Fabrikates wurde genau begutachtet. Die Prüfer beauftragten z.B. Zieher, Laufmaschen und Repassierstellen (aufgenommene Laufmaschen). Bei der Verarbeitung der Nähte achteten sie auf schlecht verarbeitete und offene Nähte.

Unterschiedlich hoch angesetzte Schrittnähte wurden ebenfalls negativ bewertet. Minuspunkte gab es auch für unterschiedlich hohe Fersenverstärkung, unterschiedliche Spitzenausführung, für nicht durchgefärbte Stellen an Hosenteil und Strumpfteilen und unterschiedliche Länge bei Strumpfhosen einer Grössenbezeichnung.

Stand eine Strumpfhose nach unserer Wertung punktemässig genau zwischen zwei Noten, konnte die Sortierung den Ausschlag geben. Die Passform konnte im Endurteil durchschlagen, wenn ihre Beurteilung in beiden Grössen übereinstimmte, aber stark von der Note der Sortierung abwich.

Die Strumpfhose Bellinda-panty der Klägerin erhielt das Test-Qualitätsurteil "weniger zufriedenstellend". Im einzelnen lautete die Beurteilung wie folgt:

SORTIERUNG

nicht ganz einwandfrei

Teilweise Fehler in den Strumpfteilen

PASSFORM

Grösse I: weniger zufriedenstellend

Insgesamt zu klein.

Grösse II: weniger zufriedenstellend

Häufig insgesamt zu klein, leichte

Falten an Knie und Spann.

Dieser Bewertung lag folgendes Bewertungssystem zugrunde:

Für Passform und Sortierung gab es folgende Notenskala:

Passform	und	Sortierung	
sehr gut	= 5	einwandfrei	= 5
gut	= 4	nicht ganz ein-	
zufriedenstel-		wandfrei	= 4
lend	= 3	etwas fehlerhaft	= 3
weniger zu-		fehlerhaft	= 2
friedenstel-		stark fehlerhaft	= 1
lend	= 2		
nicht zufrie-			
denstellend	= 1		

Die erreichte Notenzahl wurde bei der Passform I mit 3 (30%), bei der Passform II mit 4 (40%) und bei der Sortierung ebenfalls 3 (30%) multipliziert. Die Punktzahlbewertung sah folgende Unterteilung vor:

50 - 44 Punkte	= sehr gut	(++)
44 - 35 Punkte	= gut	(+)
34 - 25 Punkte	= zufriedenstellend	(o)
24 - 15 Punkte	= weniger zufriedenstellend	(-)
14 und weniger	= nicht zufriedenstellend	(---)

Hiervon abweichend wurde der Passform jedoch ein Durchschlagseffekt zuerkannt, wenn die Wertung aus dem Tragetest für beide Grössen übereinstimmte. Dementsprechend erhielt die Marke Bellinda-panty der Klägerin, obwohl sie zusammen mit drei weiteren Marken eine Punktzahl von 26 erreichte, im Gegensatz zu diesen Strumpfhosen nicht die Gesamtbewertung "zufriedenstellend", sondern aufgrund des Durchschlagseffektes der Passform die Gesamtbewertung "weniger zufriedenstellend".

Die Klägerin ist der Meinung, dass von der Beklagten veröffentlichte Feinstrumpfhosen-Test stelle, da er von der Beklagten entgegen ihrer eigenen Satzung abweichend vom eigenen Prüfprogramm sowie unter Ausserachtlassung wissenschaftlich gesicherter Testmethoden und unter Anwendung ungleicher Massstäbe für die einzelnen Artikel und Prüfungsvorgänge durchgeführt worden sei, einen unzulässigen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar. Darüberhinaus habe die Beklagte in der Absicht gehandelt, fremden Wettbewerb zu fördern. Das gehe daraus hervor, dass Herren von Konkurrenzfirmen für die Beklagte bei der Vorbereitung des Feinstrumpfhosentestes tätig gewesen seien. Im einzelnen beanstandet die Klägerin folgendes:

Entgegen dem Prüfprogramm seien bei sog. überlappenden Grössenbezeichnungen (z.B. für Grösse II 40/42 und 42/44) der Versuchsperson nicht beide Fabrikate zur Überprüfung zur Verfügung gestellt worden. Hierdurch sei die Klägerin, wie die Beklagte selbst dadurch zugestehe, dass sie die Einführung überlappender Grössen empfehle, benachteiligt worden. Die Klägerin sei auch dadurch benachteiligt worden, dass die lt. Prüfprogramm durchgeführten technischen Dehnungsmessungen, die für die Klägerin günstig ausgefallen seien, in der Testauswertung nicht berücksichtigt worden seien.

Abweichend vom Prüfprogramm sei der Tragetest auch nicht von mindestens 20 Versuchspersonen pro Grösse durchgeführt worden, es seien vielmehr bei der Grösse I zwischen 7 und 15, bei der Grösse II zwischen 12 und 17 Personen eingesetzt worden. Es seien auch nicht für alle 26 geprüften Marken gleiche Grössen miteinander verglichen worden. Bei der Grösse II = 40/42 sei mindestens viermal die Grösse 42/44 getestet worden. Es seien auch die Versuchspersonen Nr. 1, 3, 5, 7, 9, 10, 15, 21 (Grösse I), 19, 20, 22, 23, 24, 26 und 29 (Grösse II) hinsichtlich ihrer Konfektionsgrössen falsch eingeordnet worden. Nur so sei es verständlich, dass im Gesamten Test die Testpersonen fast überhaupt nicht von zu lang/weit oder viel zu lang/weit sprächen. Weiter sei zu beanstanden, dass die Testleiterin, Frä. Baudisch, die Schlüsselnummern für die einzelnen Fabrikate gekannt habe, sich selbst als Testperson zur Verfügung gestellt habe und dass auch im übrigen die Testpersonen teilweise aus dem Hause der Beklagten gestammt hätten. Erforderlich wäre auch eine Neutralisierung der Strumpfhosen gewesen. Da die Testpersonen die Strumpfhosen in Originalaufmachung erhalten hätten, habe in unzulässiger Weise das Image einer Marke sowie der Umstand, dass viele Frauen eine bestimmte Marke trügen, in die Bewertung hineingespielt. Das benachteilige die Klägerin deswegen besonders, weil sie in Berlin weit weniger bekannt sei als im Bundesgebiet. Gerügt

werden müsse auch, dass die Testpersonen hinsichtlich ihrer Körpermasse, des Tragens der Strumpfhosen und der Vollständigkeit und Richtigkeit ihrer Angaben in den Testfragebögen nicht überprüft worden seien. Als unrichtig müsse die Bewertung der Passform bei beiden Grössen mit weniger zufriedenstellend bezeichnet werden, da bei der Grösse I nahezu und bei der Grösse II weit mehr als 50% positiver Stimmen von den Testpersonen abgegeben worden seien. Unverständlich und ungerechtfertigt sei es, bei übereinstimmender Beurteilung der Passform bei beiden getesteten Grössen die Sortierung vollständig unberücksichtigt zu lassen; denn die beste Passform nütze nichts, wenn Sortierungsfehler vorlägen. Schliesslich sei es bei einem ordnungsgemäss durchgeführten Test unerlässlich, die subjektiven Angaben der Testpersonen mit den beim Test verwendeten Strumpfhosen zu vergleichen. Das wäre insbesondere hinsichtlich der schlecht beurteilten Marke der Klägerin wegen der erstaunlichen Diskrepanz zwischen den Ergebnissen des technischen Tests und dem Tragetest erforderlich gewesen.

Die Klägerin stellt die dem Urteilstenor zu I bis III entsprechenden Anträge.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Beide Parteien bitten, eine evtl. Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft erbringen zu dürfen.

Die Beklagte ist der Meinung, der von ihr durchgeführte und veröffentlichte Test sei unter Berücksichtigung des ihr einzuräumenden Ermessensspielraumes für Anlage, Durchführung, Auswertung und Darstellung des vergleichenden Warentests nicht zu beanstanden. Sie weist darauf hin, dass im Prüfprogramm selbst Änderungen des Prüfprogramms, die sich im Verlauf der Untersuchungen als zweckmässig erweisen, vorbehalten sind. Dementsprechend, so führt die Beklagte

weiter aus, sei vom Prüfprogramm hinsichtlich der Prüfung überlappender Grössen und von der Berücksichtigung technischer Messungen deswegen abgewichen worden, weil im Zeitpunkt der Durchführung des Tests die Mehrzahl der beteiligten Fabrikate keine überlappenden Grössen geführt hätten und sich im Verlauf der Durchführung der Test herausgestellt habe, dass die technischen Messungen für die Passform ohne Bedeutung seien. Bei überlappenden Grössen nicht zwei Grössen der Versuchsperson zur Prüfung zu geben, sei auch deswegen sachgerecht, weil eine Durchführung entsprechend dem Prüfprogramm eine ungleiche Behandlung gegenüber den Fabrikaten bedeutet hätte, die kleine überlappenden Grössen führten und auch die Kundin jeweils nur eine Strumpfhosengrösse kauft. Es seien auch nicht Grössen miteinander verglichen worden, die unvergleichbar seien. Die Käuferinnen orientierten sich an den römischen Grössenziffern. Dementsprechend hätten die Testpersonen Strumpfhosen der römischen Grössenziffer erhalten, die sie gewöhnlich trügen. Dementsprechend seien auch bei der Grösse II der Konfektionsgrösse 40-42 nur solche Strumpfhosen mit Konfektionsgrösse 42-44 getestet worden, die entweder "II (42/44)" ausgezeichnet gewesen seien oder bei denen die Konfektionsgrösse 42-44 die nächste auf Grösse I folgende Grösse dargestellt habe. Da sich die Verbraucherinnen an den römischen Grössenziffern orientierten und es sich um einen verbraucherorientierten Test handle, spiele eine Einordnung der Testpersonen nach Konfektionsgrössen keine Rolle und es sei auch eine Überprüfung der Testpersonen hinsichtlich ihrer Angaben nicht erforderlich gewesen. Die DIN-Norm 61 524 sei als verbindlicher Grössenmassstab bei Feinstrumpfhosen unverwendbar, so dass die Behauptung einer falschen Einordnung in Konfektionsgrössen neben der Sache liege. Darüberhinaus treffe diese Behauptung aber auch nicht zu; denn bei keiner einzigen Versuchsperson

längen die Masse für Taillenhöhe und Hüftweite über den Massen der Grösse 40 und 42 der DOB-Masstabellle (Anl. 2/118). Es sei zwar richtig, dass ein Fabrikat hinsichtlich der Grösse I nur von 10 Testpersonen (nicht 7) getestet worden sei. Dadurch könne aber die Klägerin nicht benachteiligt worden sein, da das betreffende Fabrikat schlecht beurteilt worden sei. Eine neutralisierte Ausgabe der Testobjekte sei aus hygienischen Gründen unzumutbar. Das Markenimage habe keinen Einfluss auf die Bewertung gehabt, wie die teilweise sehr differenzierten Urteile zwischen Grösse I und II bewiesen. Die Behauptung der Klägerin, fast 50 % der Testpersonen habe ihr Produkt bei Grösse I und über 50% ihr Produkt bei Grösse II als passend bezeichnet, sei irreführend; denn es müssten die Einzelteile getrennt bewertet werden. Wenn nur ein Einzelteil von einer Testperson als nicht passend bezeichnet werde, dann sei für die betreffende Person die Strumpfhose ungeeignet. Schliesslich sei der sog. Durchschlageffekt sachgerecht; denn die gleichmässigste und fehlerfreieste Verarbeitung nütze nichts, wenn die Strumpfhose nicht oder schlecht passe.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die von ihnen gewechselten Schriftsätze und die eingereichten Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche der Klägerin bestehen nicht.

Weder steht die Beklagte im Wettbewerb mit der Klägerin noch ist die Behauptung, die Beklagte habe mit ihrer Festveröffentlichung zur Förderung fremden Wettbewerbs gehandelt, schlüssig dargetan. Aus der Tatsache, dass zwei Vertreter von Konkurrenzfirmen der Klägerin im Programmierungsbeirat beratend bei der Aufstellung des Prüfprogramms tätig waren, kann eine Absicht der Beklagten, fremden Wettbewerb zu fördern, nicht hergeleitet werden.

II. Dagegen stellt die Testveröffentlichung der Beklagten über Feinstrumpfhosen mit ihrer Bewertung der Marke Bellinda-panty der Klägerin einen unzulässigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin dar. Warentests sind zwar grundsätzlich zulässig (vgl. BGH GRUR 1967, S. 113). Es ist dem Tester auch bei Anlage und Durchführung des vergleichenden Warentests ein angemessener Spielraum einzuräumen. Der Beurteilungsspielraum ist jedoch überschritten, wenn entweder das Testprogramm, die Durchführung des Programmes oder der angewandte Beurteilungsmassstab eine sachgerechte Beurteilung nicht erlaubt (vgl. OLG Düsseldorf Betriebsberater 1965 S. 685).

Diesen Grundsätzen dass das Testprogramm und seine Durchführung eine sachgemasse Beurteilung erlauben muss, genügt der Warentest der Beklagten über Feinstrumpfhosen nicht.

- 1) Es widerspricht anerkannten Testgrundsätzen, dass die Beklagte den am Test teilnehmenden Personen die Strumpfhosen in Originalpackungen übergeben hat. Eine Neutralisierung der Strumpfhosenpackungen wäre erforderlich gewesen, um die Gefahr einer bewussten oder unbewussten Bevorzugung bestimmten Marken, insbesondere evtl. "Hausmarken" der Testpersonen zu vermeiden. Diese Gefahr ist vorliegend besonders gross, weil Frauen, die erfahrungsgemäss Strumpfhosen tragen, wie Frä. Baudisch, die Testleiterin, auf Befragung seitens des Gerichts, selbst eingeräumt hat, häufig eine bestimmte, einmal gefundene Marke wegen der Schwierigkeit eine wirklich passende Strumpfhose zu finden, beibehalten. Dieses Fabrikat passt dann der Testperson, obwohl es möglicherweise nur deswegen passt, weil es grösser oder kleiner als andere Fabrikate der Grösse I oder II ist. Das ist durchaus nicht fernliegend; denn die Bezeichnungen und Grössen sind, wie unstreitig ist, durchaus unterschiedlich, und die Auswahl der Grössen seitens der Testpersonen erfolgte ausschliesslich aufgrund der Erfahrungen der Testpersonen. Dieser

Mangel in der Durchführung des Tests, der die Gefahr der Bevorzugung bestimmter Firmen in sich birgt, kann nicht deswegen vernachlässigt werden, weil die Strumpfhosen im Durchschnitt von 13 bis 15 Testpersonen getestet worden sind; denn einmal ist die Anzahl der Testpersonen nicht gross genug, um statistisch die Wahrscheinlichkeit eines Ausgleichs zu bieten, selbst bei einer statistisch relevanter Anzahl von Testpersonen wäre aber eine Bevorzugung von Firmen mit hohem Marktanteil in Berlin wahrscheinlich. Eine Neutralisierung der Originalpackungen der Strumpfhosen wäre auch in hygienisch einwandfreier Weise möglich und der Beklagten bei der Bedeutung dieses Punktes für eine sachgerechte Durchführung des Testes zumutbar gewesen.

- 2) Bei dem Test auf der Grundlage wissenschaftlicher Grundsätze müsste auch die Beklagte die Angaben der Testpersonen hinsichtlich ihrer Grössenmasse kontrollieren und Tragekontrollen, wenigstens stichprobenhaft, durchführen. Bei der kleinen Anzahl von Testpersonen, die an dem Test teilgenommen haben, wirken sich evtl. fehlerhafte oder leichtfertige Angaben von Testpersonen in starker Masse aus. Auch insoweit kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass ihr Kontrollen nicht möglich gewesen seien. Die Klägerin weist mit Recht darauf hin, dass die Anbringung eines Kontrollzeichens, beispielsweise unter der Fusssohle, möglich gewesen wäre.
- 3) Bei der kleinen Anzahl von Testpersonen war es unerlässlich, dass jedes Fabrikat von genau der gleichen Anzahl von Personen getestet wurde. Unbestritten hat aber bei dem Test der Grösse II die Anzahl der Testpersonen zwischen 12 und 17 geschwankt.
- 4) Die Anlage des Tests der Beklagten, bei dem Testpersonen ausgewählt wurden, die nach deren eigenen Erfahrungen, erfahrungsgemäss Strumpfhosen der Grössen I oder II tragen, hätte die Teilnahme eines statistisch relevanten Personenkreises (ca. 100 Personen) erfordert, da die Testpersonen keine objektiv überprüfbaren Teststellungen getroffen haben, sondern ein zwar auf tatsächliche Befunde gestütztes, letztlich aber subjektives und nicht überprüftes Wert-

urteil abgeben mussten. Bei dem nur auf 15 Testpersonen im Durchschnitt für jede Grösse gestützten Test durfte sich daher die Beklagte, um eine ausreichende Beurteilungsgrundlage zu erhalten, bei der Auswahl der Testpersonen nicht damit begnügen, solche Testpersonen auszuwählen, die selbst aufgrund ihrer Erfahrungen die Strumpfgrössen I und II als die für sie passenden bezeichnen; sie musste vielmehr streng darauf achten, dass die betreffenden Testpersonen, soweit Grössennormen vorhanden sind, nicht nur im Durchschnitt den Normmassen entsprachen, sondern bei der geringen Anzahl von Testpersonen auch einzeln nicht zu weit von den Normmassen abwichen. Anders hätte die Beklagte nur verfahren dürfen, wenn sie zunächst statistische Untersuchungen angestellt oder vorhandene benutzt hätte, aus denen hervorgeht, welche Streubreite von Massen bei Käuferinnen der Strumpfhosen Grösse I und II existiert und mit welcher statistischen Häufigkeit welche Masse bei den betreffenden Käuferinnen vorhanden sind.

Diesen Erfordernissen an die Auswahl der Testpersonen kann die Beklagte nicht entgegenhalten, die Käuferinnen von Strumpfhosen orientierten sich allein an den römischen Grössenziffern; denn jede Käuferin, die erstmals dazu übergeht, Strumpfhosen zu tragen, wird und muss sich mangels besserer Einordnungsmöglichkeiten an ihrer Konfektionsgrösse orientieren. Es kommt hinzu, dass ein nicht unerheblicher Teil der Hersteller von Strumpfhosen den römischen Grössenziffern Konfektionsgrössen beifügt, in einem Fall (Firma Gläser) sogar ausschliesslich Konfektionsgrössen angegeben werden. Schliesslich muss sich die Beklagte daran festhalten lassen, dass sie unter der Rubrik "ausgewählt geprüft bewertet" ausgeführt hat, an dem Tragetest hätten rund 30 Mädchen und Frauen teilgenommen, denen entsprechend ihrer Körper- und Konfektionsgrösse die Strumpfhosen Grössen I oder II passen sollten. Letztlich hat die Beklagte selbst empfohlen, alle Hersteller sollten sich der von ihrem Verband empfohlenen Grösseneinteilung

O = 36/38
I = 38/40
II = 40/42
III = 42/44
IV = 44/46
V = 48/50

anschliessen.

Die Auswahl der Testpersonen entspricht nicht den genannten Anforderungen. Hinsichtlich der Taillenhöhe lagen die Testpersonen für die Grösse II im Durchschnitt erheblich über der durchschnittlichen Taillenhöhe nach DIN 61 524 (Anl. B 4) oder der DOB-Norm (Anl. 2/118), gemessen als Differenz zwischen Halswirbel - Fusssohle und Rückenlänge und auch über der durchschnittlichen Taillenhöhe (= Seitenlänge) nach der DOB-Norm für die Konfektionsgrösse 40-42. Während nach den genannten Normen eine Taillenhöhe von 103 bis 103,5 cm bzw. von 105 bis 105,5 cm dem Durchschnitt entspricht, lag die durchschnittliche Taillenhöhe der Testpersonen für Strumpfgrösse II bei 106,4 cm, ausserdem lagen die Testpersonen 8,12,14,18,19,22,24 und 30 erheblich über den Durchschnittswerten. Es ist zwar richtig, dass nicht alle Frauen 164 cm gross sind. Die DOB-Norm stellt aber einen Mittelwert dar. Nicht möglich ist es, wie es die Beklagte will, nur die grösseren Frauen zu berücksichtigen (DOB-Norm für Frauen von 172 cm Grösse), nicht aber die kleineren (DOB-Norm für Frauen von 156 cm Grösse). Wenn aber die Beklagte behaupten will, der Durchschnitt der strumpftragenden Frauen sei grösser als 164 cm, so hätte es hierzu näherer Darlegungen und Nachweise bedurft. Dieser Abweichung der Testpersonen für Grösse II von den konfektionsnormen hinsichtlich der Taillenhöhe entspricht es, dass die Passform II von Testpersonen sehr häufig als zu kurz und zu klein beurteilt ist, dagegen nur selten als zu gross.

- 5) Inwieweit die Klägerin konkret durch die aufgeführten Mängel der Testanlage - und Durchführung benachteiligt ist, kann und braucht die Klägerin nicht nachzuweisen. Es genügt, dass der Test, wie dargelegt, nach Anlage und Durchführung derartige Mängel aufwies, dass auf dieser Grundlage eine sachgerechte Beurteilung der getesteten Produkte nicht möglich war. Die Mängel waren auch geeignet, die Klägerin zu benachteiligen. Eine tatsächliche Benachteiligung der Klägerin, jedenfalls durch die Auswahl der Testpersonen für die Grösse II ist zudem wahrscheinlich; denn bei dieser Grösse ist das Strumpfteil des Fabrikats

der Klägerin nie als zu lang, dagegen von mehreren Testpersonen (19,22,26,29) als zu kurz bezeichnet worden, und es ist anzunehmen, dass das Ergebnis für die Klägerin, die trotz gleicher Punktzahl wie 3 Konkurrenzerzeugnisse schlechter als diese bei der Bewertung wegkam, günstiger ausgefallen wäre, wenn die Testpersonen hinsichtlich des Masses ihrer Taillenhöhe dem Normdurchschnitt entsprochen hätten. Es handelt sich hierbei auch um keine Benachteiligung, die alle Fabrikate gleichmässig trifft. Vielmehr werden hierdurch die länger ausfallenden Strumpfhosenfabrikate begünstigt, die kürzer ausfallenden benachteiligt.

- 6) Die Beklagte war daher zu verurteilen, die weitere Verbreitung des Tests mit der negativen Gesamtbeurteilung des Fabrikats Belinda-panty der Klägerin zu unterlassen.

Die Bewertung des Produkts der Klägerin ist, wie keiner näheren Ausführung bedarf, geeignet, die Klägerin zu beeinträchtigen. Die Beeinträchtigung wirkt auch fort, zumal die Testveröffentlichung noch nicht lange zurückliegt und die Beklagte einen vollständigen Nachdruck des Testes grundsätzlich gestattet. Zur Beseitigung der fortwirkenden Beeinträchtigung der Klägerin war daher auch dem Widerrufsanspruch der Beklagten stattzugeben.

Schliesslich begehrt die Klägerin mit Recht Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten. Die Klägerin besitzt ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten; denn einerseits reicht für den Feststellungsantrag die nach den Umständen und der Lebenserfahrung gegebene Wahrscheinlichkeit aus, dass der Klägerin durch den Test der Beklagten ein Schaden entstanden ist, andererseits ist die Klägerin derzeit unbestritten zu einer Bezifferung ihrer Schadens noch nicht in der Lage. Die Beklagte handelte auch fahrlässig; denn bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte die Beklagte erkennen müssen, dass ihre negative Bewertung des Fabrikats der Klägerin infolge von Mängeln bei der Anlage und Durchführung des Tests nicht ausreichend fundiert war.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91, die Entscheidung über die vorläufig Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 710, 108 ZPO.

LG Frankfurt, (Ferienkammer für Handelssachen) 13 september 1971.
(Firma Neckermann Versand KGaA v. Stiftung Warentest).

Geen toelating kon bekomen worden om het vonnis integraal te publiceren, wel werd toelating bekomen om een kort citaat eruit weer te geven.

Entscheidungsgründe:

...

Wegen des Grundrechts der Pressefreiheit nach Art.5 Grundgesetz ist auch im Zusammenhang mit § 824 BGB zu prüfen, ob die Antragsgegnerin bei der Veröffentlichung Ihrer Testergebnisse einen ihr zuzubilligenden Ermessensspielraum überschritten hat. Mit Recht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass sich gegenüberstehen die Interessen des Herstellers oder Händlers an seiner Wettbewerbsposition einerseits das Grundrecht der Pressefreiheit des Testinstituts und dessen eigener auf die Durchführung von Tests gerichteter Gewerbebetrieb andererseits und schliesslich nicht zuletzt auch die öffentlichen Belange der Verbraucheraufklärung und die gesamtwirtschaftlichen Belange der Produktverbesserung. Es trifft auch zu, dass es beim vergleichenden Warentest wie bei sonstigen wissenschaftlichen Untersuchungen nicht nur eine richtige Testmethode, Testdurchführung und -darstellung, sondern viele Arten gibt, von denen die eine dem einen besser und dem anderen schlechter erscheinen mag. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass immer nur einzelne Stücke einer bestimmten Warengattung getestet werden können, die möglicherweise in der Qualität nicht einheitlich ist, dass das Gebot des gleichen Massstabs für die verschiedenen Konkurrenzzeugnisse eine Wertung verlangt, die nicht immer jeder Nachprüfung Stand halten kann und dass bei der Anlegung eines zu scharfen Massstabes an die Testergebnisse mit der Folge eines Vertriebsverbots für die Zeitschrift der Antragsgegnerin, deren Arbeit unter Umständen in einem Ausmass behindert werden kann, wie es mit dem von der Antragsgegnerin vertretenen öffentlichen Interesse an der Aufklärung der Verbraucher nicht mehr vereinbar ist. Zu berücksichtigen sind ferner die Rechts-

verhältnisse, die sich aus dem Testverfahren selbst ergeben. Die Mitteilung, dass ein bestimmtes Produkt getestet werden soll an den Hersteller oder Händler begründet zwar kein Vertragsverhältnis zwischen diesen und der Antragsgegnerin, sie schafft aber aus dem Rechtsgedanken des § 254 BGB gewisse Sorgfaltspflichten auch für den Hersteller oder Händler in dem Sinne, dass ihre Nichteinhaltung bei der Prüfung, ob die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Ermessensspielraum gehandelt hat, mitzuberücksichtigen ist."

3. Nederland

President Rb. 's Gravenhage, 22 juni 1962

("Lexington" v. Nederlandse Consumentenbond)*

Overwegende dat gedaagde tegen de vordering heeft gevoerd verweer, op hetwelk hieronder nader zal worden ingegaan:

Ten aanzien van het recht:

Overwegende dat het gestelde in het 1e tot en met 7e, het 11e, 12e, 15e, 17e, 18e en 26e "aangezien" der dagvaarding als niet of onvoldoende door gedaagde betwist ten processe vaststaat;

Overwegende dat het gewraakte artikel er op wijst dat teer carcino-stoffen bevat en gedaagde daarin onder meer schrijft: "Wij zullen ons ertoe beperken de mogelijke schadelijke werking voor de verschillende merken onderling te vergelijken door de hoeveelheden teer en nicotine in de rook van de diverse merken naast elkaar te plaatsen",

en, nadat is beschreven welke zogenaamde rookmethodiek - dit is welke trekfrequentie, trekduur, trekvolume en peuklengte - werd toegepast: "De op deze wijze verkregen resultaten gelden met nadruk alleen voor een onderlinge vergelijking en kunnen alleen wat de rangorde betreft met die van vroegere onderzoeken worden vergeleken", en

onder het hoofd "Resultaten": "Zoals de tabel laat zien leverde de bepaling van de teer grote verschillen. Verreweg de minste teer leverde de rook van Roxy met 35 mg, per gram verbrande tabak. Trekken we een grens bij 50 mg., dan vallen voorts als merken met een laag teergehalte te noemen Peter Stuyvesant, Miss Blanche en Alaska. De meeste teer werd aangetroffen in de rook van Golden Fiction,

* Duitse vertaling in GRUR AIT. 1962, 532.

Winfield en Hunter met ruim 70 mg. Minder groot dan de teerverschillen waren die voor nicotine. Trekken we de grens bij 0.7 mg. per gram verbrande tabak, dan onderscheiden zich het gunstigst Three Castles, Peter Stuyvesant, Chief Whip en Alaska. Duidelijk de meeste nicotine leverde Lexington met bijna 1 mg.";

waarna de "Conclusie" aan het einde van het artikel behelst o.m.:

"De teergehalten in de rook van de onderzochte merken cigarettten vertoonden onderling grote verschillen. Het gunstigst onderscheidde zich in dit opzicht het merk Roxy met duidelijk de minste teer. Het andere uiterste werd gevormd door de merken Golden Fiction, Hunter en Winfield met de meer dan dubbele hoeveelheid hiervan ";

Overwegende dat Wij aanvankelijk van oordeel zijn dat de gemiddelde lezer van het artikel zich niet zal afvragen of de bij de zijdens gedaagde genomen rookproef gevolgd "methodiek", ter aangehaalde plaatse geschreven, wel zijn eigen rookgewoonte weergeeft, doch, zonder zich daarin bepaaldelijk te verdiepen, zal veronderstellen dat men in het algemeen bij het roken van de in het artikel vergeleken cigarettten de daar opgegeven hoeveelheden teer en nicotine zal binnenkrijgen en dat de door gedaagde gepubliceerde tabel representatief is en min of meer als constant te beschouwen cijfers aangeeft voor het teer- en nicotinegehalte der onderzochte merken, en zulks voor een niet nader aangegeven tijdsduur;

voorts, dat de aandacht van die gemiddelde lezer in hoofdzaak zal worden getrokken door de cijfers der tabel, de daaruit op te maken rangorde der diverse merken ten aanzien van bedoelde gehalten, en de in het artikel met name en bij herhaling als dientengevolge meest, resp. minst gunstige genoemde merken, hetgeen die lezer in verband met de algemene strekking van het artikel onmiskenbaar het meest zal interesseren en bij zijn keuzebepaling zal kunnen leiden;

Overwegende dat - hiervan uitgaande - gedaagde naar Ons aanvankelijk oordeel inderdaad onder meer jegens eiseres zou hebben gehandeld in strijd met de van gedaagde te vergen zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer, ingeval onderzoeken met toepassing van een andere - wetenschappelijk minstens evenzeer verantwoorde - "rookmethodiek" noemenswaardige verschuivingen in de rangorde der verschillende merken te zien zou geven;

Overwegende dat eiseres ten bewijze hiervan heeft overgelegd de resultaten van in haar opdracht door laboratoria te Londen, New-York en Zürich verrichte onderzoeken, nader omschreven in het 11e, 12e en 18e "aangezien" der dagvaarding, onder rectificatie van de te New York gebezigde peuklengte van 23 in 25 mm;

Overwegende dat deze rapporten en dat van gedaagde, naast elkander geplaatst, voor wat betreft het teergehalte in mg. per sigaret en in volgorde, telkens te beginnen bij het laagste teergehalte, de volgende rangorden te zien geven:

I. voor de 4 gunstigste resultaten resp.:

Consumentenbond	Londen	New York	Zürich
1. Roxy	Lexington	Miss Blanche	Miss Blanche
2. Miss Blanche	Chief Whip	Laurens n°.10	Lexington
3. Peter Stuyvesant	Roxy	Three Castles	Three Castles
4. Alaska	Peter Stuyvesant	Alaska	Caballero

II. Voor de minst gunstige resultaten resp.:

Golden Fiction	Miss Blanche	Caballero	Laurens n°.10
Winfield	Golden Fiction	Lexington	Peter Stuyvesant
Lexington	Gladstone	Gladstone	Golden Fiction
Hunter	Winfield	Hunter	Gladstone
	Hunter		Hunter

Overwegende dat de technische deskundigheid van degenen, die de onderzoeken, waarover het in dit geding gaat, hebben verricht, en de juistheid van de door ieder hunner verkregen cijfers-als-zo-danig niet worden betwist;

Overwegende dat gedaagde wel als bezwaar heeft aangevoerd dat - gelijk in confesso is - de sigaretten welke resp. voor onderzoek naar New York, Zürich en Londen zijn gezonden, op verschillende

data, te weten resp. op 20 en 26 maart en 2 april 1962 zijn gekocht;

Overwegende dat gedaagde echter voorshands niet aannemelijk heeft gemaakt haar daaraan verbonden conclusiën:

(1) dat het vergelijkend onderzoek aan de hand van der eiseresse rapporten daardoor waardeloos is;

dat toch veeleer - ingeval waar zou zijn dat het onderzoek van op verschillende doch vrij dicht bij elkaar liggende data gekochte sigaretten reeds daàrom verschillende resultaten oplevert - het door gedaagde zonder meer gepubliceerde resultaat eens te meer als een geen betrouwbare maatstaf opleverende "moment-opname" zou moeten worden aangemerkt;

(2) dat eiseres inmiddels de gelegenheid had en wellicht heeft gebruikt om de samenstelling van haar tabak voor wat betreft het teer- en nicotinegehalte te verbeteren, hebbende eiseres veeleer summiërlijk aangetoond dat hiervan redelijkerwijze geen sprake kan zijn geweest;

Overwegende nu, dat uit de onderzoeken welke eiseres te Londen, New York en Zürich heeft laten verrichten, blijkt dat de resultaten afwijken van de door gedaagde gepubliceerde, niet alleen voor wat betreft de rangorde de zelfde merken, welke telkens een andere is, naar valt aan te nemen; tengevolge van een andere - ook onderling ietwat afwijkende - aldaar toegepaste "methodiek";

Overwegende dat weliswaar enkele merken, hetzij uitsluitend bij de eerste, hetzij uitsluitend bij de tweede groep voorkomen;

dat men echter ook meermalen ziet dat een merk, hetwelk volgens het ene onderzoek bij de gunstigste vier behoort, bij een ander onderzoek tot de minst gunstige merken behoort: vergelijk de merken Miss Blanche, Peter Stuyvesant, Lexington, Laurens n°.10 en Caballero;

Overwegende dat voorts opvalt dat de cijfers der door eiseres ingewonnen rapporten onderling niet zulke schrilte tegenstellingen te zien geven als de uitersten van dat van gedaagde;

Overwegende dat men, op dezelfde wijze te werk gaande ten aanzien van de resultaten betreffende het nicotinegehalte, wel minder frappante uitkomsten krijgt, doch toch ook deze, dat bijv. de merken Lexington en Laurens n°.10 volgens het ene rapport onder de gunstigste vier-, bij een ander onder de ongunstigste vier merken voorkomen;

Overwegende dat eiseres ook nog heeft overgelegd een exemplaar van Research Papers n°.4 "Cigarette Smoke Condensate: Preparation and Routine Laboratory Estimation" (1961), ten betoge, aan de hand van de daarin voorkomende tabel n°.10, dat de rangorde tussen zes vergeleken merken drastische wijziging ondergaat alleen reeds door het feit dat dezelfde cigarettens achtereenvolgens worden gerookt met verschillende trekfrequentie en trekvolume;

Overwegende dat de ten verzoeken van gedaagde gehoorde Dr. Van Proosdij weliswaar dit onderzoek aantast op grond dat van een te klein rookvolume zou zijn uitgegaan, doch dat hier dan blijkbaar deskundige meningen tegenover elkaar staan;

Overwegende dat voorts onbetwist vaststaat dat de rookfrequentie en het rookvolume, waarvan het onderzoek van gedaagde is uitgegaan, zeker niet geacht kan worden het normale rookgedrag van de "gemiddelde" roker weer te geven, doch veeleer dat van een zware roker;

Overwegende dat - wat hiervan zij en aangenomen dat voldoende betrouwbare uitgangspunten voor het rookgedrag van de "gemiddelde" roker wel zeer moeilijk, zo al, te vinden zullen zijn - reeds de door eiseres overgelegde rapporten uit Londen, New York en Zürich, welke ook de gemiddelde uitkomsten, vermeld in het proefschrift van Dr. G. van Proosdij, dichter benaderen dan de cijfers van gedaagde, voorschijns aannemelijk maken dat toepassing van een andere minstens evenzeer, zo niet méér verantwoorde "methodiek" telkens tot andere cijfers voor het teer- en nicotinegehalte dan de door

gedaagde gepubliceerde kan leiden, tot een andere relatie tussen die cijfers onderling en tot een andere rangorde van de betrokken merken, en dit wel in die zin - en dit achten Wij belangrijk - dat in een artikel als dat van gedaagde niet uitsluitend en in rangorde nu juist de merken Roxy, Miss Blanche, Peter Stuyvesant en Alaska onder de aandacht van het publiek zouden zijn gebracht, doch, althans ten dele, of mede, andere merken - waaronder eventueel het merk van eiseres - indien het resultaat van een der andere onderzoeksmethodieken, hetzij alleen, hetzij mede, tot uitgangspunt ware genomen;

dat hetzelfde mutatis mutandis geldt met betrekking tot de qua teergehalte ongunstigste merken en met betrekking tot het nicotinegehalte;

Overwegende dat Wij het door eiseres bijgebrachte materiaal voorschijns niet ontzenuwd achten door de verklaringen der voor het geven van inlichtingen ten verzoeken van gedaagde gehoorde getuigdeskundigen;

Overwegende in dit verband, dat te dezen niet terzake doet of men bij bepaalde groeperingen en na het maken van bepaalde berekeningen enige vaste lijn of enig onderling verband of samenhang tussen de rangorden of verwantschap tussen de onderzoeksresultaten kan bespeuren;

dat immers de gemiddelde lezer daartoe in gedaagdes artikel, hetwelk het resultaat van slechts één onderzoek als basis neemt, geen aanleiding zal vinden, en het er in dit geding om gaat dat gedaagde in haar artikel ten gerieve van de lezer met name en zonder duidelijk op andere mogelijkheden te wijzen opsoekt welke in rangorde de beste en welke de slechtste cigarettten zijn op het punt van teer- en nicotinegehalte;

Overwegende dat Wij dan ook op grond van het vorenstaande van oordeel zijn dat voorshands aannemelijk is dat gedaagde door het ligtigieuze artikel door te eenzijdige en onvolledige berichtgeving ten onrechte bij de gemiddelde lezer de indruk heeft gewekt als vormden de door haar gepubliceerde gegevens zo niet de enige wetenschappelijk verantwoorde, dan toch een als algemeen geldend en als min of meer constant te aanvaarden maatstaf voor een onderlinge vergelijking der veertien betreffende cigarettenmerken, welke een bepaalde rangorde van die merken en grote onderlinge verschillen in teergehalte aantoon, en dat als gevolg daarvan het accent te zeer op bepaalde merken werd gelegd;

Overwegende dat gedaagde alsdan dusdoende heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid welke haar in het maatschappelijk verkeer ook jegens eiseres betaamt;

Overwegende dat hierbij in aanmerking moet worden genomen dat gedaagde hier ongevraagd een taak - maar daarmee tevens de plicht - op zich heeft genomen van neutrale, deskundige, volledige en betrouwbare voorlichting van de consument, en dat bij gedaagde de wetenschap mag worden verondersteld dat haar publicaties van deze aard in economisch opzicht gevolgen kunnen hebben voor fabrikanten der met elkander vergeleken waren, zodat aan die door gedaagde in acht te nemen zorgvuldigheid strenge eisen mogen worden gesteld; alsook dat bij de waar cigaretten degezondheid in het geding is en een vrij grote beïnvloedbaarheid van het rokend publiek door een dergelijke publicatie kan worden verwacht, te groter naarmate op spectaculaire verschillen in teer- of nicotinegehalten tussen de vergeleken merken wordt gewezen;

Overwegende dat dit te meer klemmt waar de lezer van een blad als de Consumentengids er terecht van zal uitgaan dat gedaagde zich in haar verantwoordelijkheidsbesef ook tegenover de fabrikanten toch zeker niet zal wagen aan de publicatie van dergelijke vergelijkende warenonderzoeken, waarin met naam en toenaam de merken

worden vergeleken naar hun meer of minder gunstige eigenschappen, indien de weergegeven resultaten of de wijze waarop zij verkregen werden, aanvechtbaar zouden zijn;

Overwegende dat Wij hierbij aanvankelijk van oordeel zijn dat gedaagde in deze schuld treft;

dat toch eiseres Onzes inziens terecht stelt dat gedaagde niet gedisculpeerd is door het onderzoek te laten verrichten door een technische deskundig research-instituut, doch er zich vóór haar publicatie rekenschap van had kunnen en behoren te geven dat tot dusver op dit gebied gepubliceerde cijfers, resultaat van wetenschappelijk minstens evenzeer verantwoorde onderzoeken, van een andere orde van grootte waren en tot een andere rangorde konden leiden;

Overwegende dat zulks ofwel de gedaagde had behoren te weerhouden van het doen van de litigieuze publicatie in de eenzijdige en onvolledige vorm waarin dit is geschied, ofwel gedaagde verplichtte dit alles niet ononderzocht, resp. in haar artikel onbesproken te laten;

Overwegende dat gedaagde echter in haar artikel de lezer er zelfs niet opmerkzaam op maakt - overigens geheel in het midden latend of dit voldoende ware - dat en waarom bij haar onderzoek van een welhaast extreem rokergedrag is uitgegaan, dat er allerlei variaties ten aanzien van de rookmethodiek mogelijk zijn, en dat deze tot andere en onderling verschillende uitkomsten (eventueel welke) kunnen voeren; en evenmin of het gepubliceerde resultaat slechts een beperkte geldigheidsduur heeft;

Overwegende dat uit het artikel "Lexi draaft door" in aflevering 5 dd. mei 1962 van de Consumentengids blijkt dat het gedaagde bekend was hoe zeer de rookmethodiek het absolute resultaat kan beïnvloeden;

Overwegende dat dit alles tevens medebrengt dat een ter rechtvaardiging van het gewraakte artikel gedaan beroep op het algemeen belang de gedaagde niet kan baten;

Overwegende ten aanzien van de bij dagvaarding gestelde door gedaagde betwiste schade:

dat Wij aanvankelijk van oordeel zijn dat gedaagde zich bewust was, althans kon zijn van de waarschijnlijkheid dat het in de overigens ook voor niet-abonnés verkrijgbare - Consumentengids voorkomend artikel

(a) in andere bladen zou worden aangehaald of besproken en aldus een veel grotere en meer gevarieerde kring van lezers kon bereiken dan alleen de toen ca 30.000 abonnés van gemeld maandblad, overigens op zichzelf al voldoende om het artikel gevolgen van enige betekenis te kunnen doen hebben voor de omzet der verschillende erin besproken sigarettenmerken;

(b) tot gevolg zou kunnen hebben dat rokers hun volgens dat artikel meer of de meeste teer- of nicotine bevattende sigaretten zouden vervangen door sigaretten van de volgens dat artikel in die opzichten gunstiger of gunstigste merken en dat dit in het bijzonder zou gelden ten opzichte van die merken, die in gedaagdes tabel de slechtste, resp. de beste plaatsen in de rangorde innemen en daarnaast nog eens of meermalen door gedaagde met name worden aangeduid, met andere woorden dat gedaagde als waarschijnlijk gevolg van haar publicatie kon voorzien dat deze gevolgen zou hebben voor de omzet van een of meer fabrikanten der onderzochte merken, waaronder b.v. de eiseres;

Overwegende dat Wij ook voorschijnde door eiseres genoegzaam aannemelijk gemaakt achten dat zij (mede) tengevolge van de gewraakte publicatie schade heeft geleden en wellicht nog lijdt, niet alleen op grond van het door haar overgelegd Accountantsrapport van

Baaren dd. 30 mei 1962, behelzende een overzicht van haar omzet van januari 1961 tot en met april 1962, doch ook daar het Ons uit eigen wetenschap bekend is dat lieden naar aanleiding van gedaagdes artikel op een ander, volgens dat artikel minder teer bevattend cigarettenmerk zijn overgegaan;

Overwegende dat uit het voorgaande tevens voortvloeit dat de zaak spoedeisend is;

overwegende dat Wij onderdeel 1) van het petitum voor toewijzing vatbaar achten, hebbende gedaagde, gelijk eiseres stelt, bijv. de in januari 1960 verschenen uitgave van de Consumentengids gewijd aan een samenvattend overzicht met verkorte weergave van de voor- naamste onderzoeken en raadgevingen, in de twee daaraan voor- afgaande jaren gepubliceerd;

Overwegende dat Wij echter onderdeel 2) van het petitum niet toewijsbaar achten;

dat Ons immers ook publicatie van de resultaten, tot welke de door eiseres in de arm genomen laboratoria zijn gekomen, onjuist - en met name onjuist tegenover andere niet in het geding zijnde cigarettenfabrikanten - voorkomt, daar der eiseresse tabellen wel tot een andere rangorde dan die van gedaagde komen, doch tot een ook onderling weer verschillende, terwijl uit het boven- overgewogene blijkt dat de rangorde verschuivingen kan ondergaan naarmate de rookmethodiek of onderdelen daarvan worden gewijzigd; dat reeds hierom het gehele onderdeel 2) moet worden afgewezen, aangezien eiseres publicatie van de cijfers der buitenlandse la- boratoria onmisbaar noemt (pleitnota dd. 6 juni 1962, pagina 40) en dit ter aangehaalde plaats uitdrukkelijk nader motiveert, zo- dat een veroordeling tot publicatie van slechts een gedeelte van de door eiseres geredigeerde bekendmaking kennelijk niet met haar wens strookt;

Overwegende voorts dat, al ware dit anders, naar Ons oordeel gedaagde evenmin door middel van een veroordeling in de vorm waarin eiseres dit verlangt, kan worden genoodzaakt om in een publicatie zonder meer een bepaalde conclusie, als ware die haar eigen conclusie, voor te dragen en voor haar rekening te nemen, zonder dat vaststaat - in casu niet het geval - dat zij het met die conclusie eens is;

Overwegende dat hetgeen na weglating van bedoelde passages overblijft datgene, waar het om gaat, ook niet voldoende volledig en duidelijk tot uitdrukking zou brengen;

Rechtdoende in kort geding:

Verbieden gedaagde de in de dagvaarding omschreven publicatie te herhalen, zulks op straffe van een aan eiseres te betalen dwangsom, groot f. 100.000.- (éénhonderd duizend gulden) voor elke overtreding van dit verbod;

Verklaren dit vonnis tot hiertoe uitvoerbaar bij voorraad;

Weigeren de gevraagde voorzieningen voor het overige.

President Rb.'s Gravenhage, 27 juni 1966

(I.O.S. Ltd. v. Nederlandse Consumentenbond) *

Overwegende ten aanzien van het recht:

dat eiseressen hun vordering baseren op de stelling, dat gedaagde in het onder haar verantwoordelijkheid verschijnende maandblad "De Consumentengids" van mei 1966 onder het hoofd "Uw spaargeld via I.O.S. naar Fund of Funds?" een artikel over eiseressen en het Fund of Funds heeft doen publiceren dat beledigend, gedeeltelijk apert onjuist, insinuerend en onrechtmatig is.

dat Wij voorop willen stellen dat dit artikel, dat door eiseressen ter terechtzitting is overgelegd, inderdaad niet kan worden gekenschetst als een rustige en volstrekt objectieve beschouwing over de mérites en de faits et gestes van de eiseressen en de nauw met hun verbonden Fund of Funds;

dat dit artikel dan ook, indien afkomstig van een aan eiseressen concurrerende instelling ingevolge de op dit punt bestaande jurisprudentie door eiseressen terecht zou kunnen worden aangevallen;

dat gedaagde echter heeft betoogd en Wij Ons hierbij, deels uit eigen wetenschap, wel kunnen aansluiten, dat gedaagde niet het eigen belang doch het algemeen belang dient en in casu meende te dienen en dat tegenover een agressieve verkooppolitiek van eiseressen, die jegens een finantiëel ondeskundig publiek wordt gevoerd, een eveneens agressieve tegenactie gerechtvaardigd is; dat Wij derhalve, indien inderdaad van een agressieve verkooppolitiek sprake zou zijn, de toon van het geïncrimineerde artikel

* Oorspronkelijk gepubliceerd in: De Consumentengids, bijlage juli nummer 1966.

evenals de daarin voorkomende illustratie niet als voldoende grondslag voor de vordering van eiseressen zullen beschouwen en Wij hun bezwaren daartegen verder onbesproken* zullen laten; dat, indien echter het artikel ernstige onjuistheden of onzorgvuldigheden zou bevatten, de vordering van eiseressen naar Onze voorlopige mening hierop zou kunnen worden toegewezen; dat Wij ten aanzien van de beweemde agressiviteit in de verkooppolitiek van eiseressen het volgende overwegen; dat eiseressen de in Nederland tot op heden weinig toegepaste methode volgen om door middel van acquireurs aan het publiek bepaalde aandelen te verkopen; dat deze acquireurs, naar tussen partijen als onbetwist vaststaat, geen uitgebreide financiële scholing ontvangen of moeten bezitten; dat zij dus bezwaarlijk als financieel beleggingsadviseur in ruimere zin kunnen optreden, doch meer als verkopers moeten worden beschouwd, die als enig doel hebben de aandelen van het Fund of Funds in zo ruim mogelijke omvang te verkopen; dat een en ander Onzes inziens duidelijk blijkt uit de door gedaagde overgelegde instructies, getiteld: "Clients Questions" en "Closing the Sale", van eiseressen aan haar acquireurs (producties II en XV); dat blijkens punt 59 van "Clients Questions" deze verkopers zich bij het publiek als financiële adviseurs (financial counselor) aanmelden; dat de Heer Ram, die in zijn rapport de verkooppolitiek van eiseressen uitvoerig behandelt, tot de conclusie komt, dat naar Nederlandse maatstaven de methode van verkoop moet worden afgekeurd, omdat geen rekening met de persoonlijke omstandigheden van "Mr. Prospect" wordt gehouden;

dat Wij Ons met deze conclusie kunnen verenigen en met gedaagde

* Wij stellen er prijs op om hierbij aan te tekenen, dat de redactie zich pas achteraf heeft gerealiseerd, dat de vermelding van de Poolse afkomst van één van de directeurs van I.O.S. Holland wellicht als denigrerend zou kunnen worden opgevat. Zulks is, uiteraard, niet onze bedoeling geweest en wij betreuren deze vermelding daarom.

voorhands van oordeel zijn, dat hier van een agressieve verkoopspolitiek kan worden gesproken;

dat Wij thans zullen onderzoeken of het artikel inderdaad ernstige onjuistheden of onzorgvuldigheden bevat;

dat eiseressen stellen dat in dit artikel ten onrechte wordt vermeld, dat de Amerikaanse Securities and Exchange Commission (S.E.C.) "een ontstellend rapport heeft gepubliceerd, volgens hetwelk de I.O.S. en haar dochterondernemingen het publiek hebben bedrogen door een misleidende voorlichting en door transacties tussen de verschillende tot het concern behorende maatschappijen";

dat gedaagde dit rapport ter terechtzitting heeft overgelegd (productie XIII) en hierin inderdaad op vele plaatsen melding wordt gemaakt van "Violations" door I.O.S. van verschillende Amerikaanse wetten op financieel terrein en herhaalde "omissions to disclose" van verschillende, voor het publiek van belang zijnde feiten in de prospecti van het Fund of Funds worden besproken; dat Wij dan ook de mening van eiseressen, dat het artikel een onjuist beeld geeft van de inhoud althans de strekking van het S.E.C. rapport niet kunnen delen;

dat eiseressen nog hebben betoogd, dat dit S.E.C. rapport zelf onjuist is en zij als productie 15 een uitvoerige critiek op dit rapport hebben overgelegd, doch een en ander niet ter zake dienende is, immers geen grondslag biedt voor de stelling dat het rapport van de S.E.C. in het artikel onjuist wordt weergegeven; dat eiseressen gedaagde verwijten, dat het artikel ten onrechte beweert dat Fund of Funds overwegend belegt in speculatieve beleggingsmaatschappijen, (sommige zelfs gokmaatschappijen te noemen);

dat Onzes inziens echter uit de publicaties van het Fund of Funds, waarin de doelstellingen van de maatschappijen in welke aandelen Fund of Funds heeft belegd, worden vermeld, zelf valt af te leiden, dat van een conservatieve belegging zeer vaak geen sprake is;

dat hierop dan ook terecht is gewezen door de Heer Ram in zijn opsomming op pagina 5 (onderaan) en 6 van zijn rapport waarin die doelstellingen worden aangegeven, terwijl daaruit tevens blijkt dat het aan enkele dier Maatschappijen zelfs is toegestaan à la baisse te speculeren (Oppenheimer Fund, Alger Fund en Douglas Fund) waartegenover het bevreemding kan wekken, dat in de door eiseressen overgelegde prospectus van het Fund of Funds van 3 mei 1965 (productie 4) op pagina 8 onder het hoofd "Investment restrictions" voor dit Fonds een dergelijke "speculatie" te weten "selling short" verboden is "for the protection of its share-holders";

dat overigens uit het voorgaande blijkt dat het artikel minder juist stelt, dat de Fund of Funds deze wijze van belegging niet vermeldt;

dat eiseressen zich bezwaard gevoelen dat het artikel de vergelijkingen tussen de vermogenswinst op de aandelen Fund of Funds én de stijging van Amerikaanse koersgemiddelden grof misleidend noemt;

dat het artikel er op wijst, dat in de vermogenswinst van de Fund of Funds aandelen de niet uitgekeerde dividenden zijn besloten;

dat eiseressen betogen, dat in hun prospecti dit ook wordt gezegd - hetgeen in het artikel overigens niet wordt ontkend - doch het Onzes inziens den schrijver van het artikel vrij stond nog eens met nadruk te wijzen op de fout in deze vergelijking; dat eiseressen als onjuist ontkennen dat, zoals het artikel vermeldt, de Fund of Funds aandelen bij die vergelijking een poover figuur slaan, doch Wij menen eiseressen in deze ontkenning niet te kunnen volgen;

dat immers de vermogenswinst van de Fund of Funds aandeelhouder onder meer wordt vermeld in het Annual Report van de Fund of Funds van 31 december 1964 op pagina 11 (door eiseressen als bijlage 9 overgelegd);

dat deze vermogenswinst over het tijdvak 31 oktober 1962 - 31 december 1964 bedraagt 31.35 % tot 41.29 % (al naar gelang van de grootte van het aandeel) terwijl volgens opgave van de Heer Ram op pagina 7 van zijn rapport het Dow-Jones gemiddelde voor industrieaandelen over die periode met 48.22 % steeg;

dat eiseressen stellen dat het artikel een onjuiste bestrijding van de belastingvoordelen van de Fund of Funds aandeelhouder bevat;

dat mede blijkens het rapport van de heer Ram (pagina 8) het artikel inderdaad ten onrechte vermeldt, dat de Nederlandse belegger in Amerikaanse aandelen de in Amerika geheven 15% inkomstenbelasting kan terugvorderen;

dat echter wellicht terecht in dit artikel wordt vermeld dat het niet zeker is dat in de toekomst de Nederlandse fiscus bij uitbetaling van de aandelen geen inkomstenbelasting zal berekenen;

dat Wij in dit verband Ons dan ook kunnen aansluiten bij de mening van de Heer Ram, dat de schrijver van het artikel had kunnen volstaan met betrekking tot de belasting te schrijven, zoals hij deed, dat het in de toekomst zeer onvoordelig kan uitvallen, doch dat hij niet had mogen stellen, dat het I.O.S. spaarsysteem fiscaal in geen geval voordelig is;

dat, voorzover Wij dat uit het hiervoren genoemd S.E.C. rapport hebben kunnen opmaken, de in het 28e "aangezien", aan de schrijver van het artikel gedane verwijten betrekking hebben op een geschil tussen de "S.E.C." enerzijds en eiseressen en het Fund of Funds anderzijds en Wij Ons over de al dan niet juistheid van het in het artikel gestelde geen mening kunnen vormen, zulks teminder daar in het vorenvermeld geschil nog geen beslissing is gevallen;

dat eiseressen van oordeel zijn, dat het artikel onjuiste feiten bevat omtrent de aan de belegger berekende kosten;

dat Wij voorop willen stellen, dat de strekking van het betoog van het artikel omtrent de kosten is geweest - voorzover Wij kunnen nagaan terecht -, er op te wijzen dat het dubbele beleggingssysteem extra kosten met zich brengt die door de deelnemers worden gedragen en voorts dat deze kosten o.a. hoog zijn door de hoge beheerdersbeloning van de I.O.S. dan wel haar dochteronderneming de I.O.S. Management Company Ltd van de Bahama eilanden;

dat het artikel stelt te menen, "totdat het tegendeel wordt aangetoond", dat de kosten 20 à 22% zullen bedragen, waartegenover eiseressen aanvoeren dat die kosten slechts 12% zouden zijn, zonder echter behoorlijk aan te tonen hoe zij tot deze berekening, die gedaagde blijft betwisten, is gekomen;

dat Wij onder deze omstandigheden bezwaarlijk met zekerheid kunnen concluderen dat de in het artikel genoemde kostentaxatie onjuist is en behoort te worden gerectificeerd;

dat eiseressen zich bezwaard gevoelen over de in het artikel geuite mening dat de spaarders tegen wil en dank gebonden zijn;

dat inderdaad - anders dan uit het artikel valt af te leiden - de spaarders op elk moment kunnen uittreden, doch dat als onbetwist vaststaat dat de spaarder die voortijdig uittreedt een belangrijk deel van zijn inlage verliest, zodat inderdaad gesteld kan worden, dat hierdoor een wellicht ongewenste gebondenheid van de spaarder met de Fund of Funds tot stand komt;

dat gedaagde voorts heeft toegegeven, dat in het artikel ten onrechte staat dat de S.E.C. heeft beweerd, dat voor 30 juni 1965 de Fund of Funds grote bedragen heeft overgedragen aan de "Investor Overseas Bank Ltd" (een dochter van de I.O.S. Bahamas), daar inderdaad de S.E.C. heeft gezegd, dat deze overdracht geschiedde aan een "financial institution which extends a line of credit to the Investor Overseas Bank Ltd", zodat geen

sprake is geweest van een directe betaling aan de Investors Overseas Bank doch van een betaling via een derde; dat eiseressen zich, zoals van hun standpunt begrijpelijk, bezwaard achten over de slotconclusie van het artikel neerkomende of "hands off van I.O.S. en Fund of Funds";

dat echter de Heer Ram ten aanzien van deze conclusie als zijn oordeel geeft dat dit in het artikel gegeven advies zeker niet onbegrijpelijk en naar de mening van vele effectendeskundigen volkomen logisch is;

dat Wij al het voorgaande overwegende voorshands van oordeel zijn dat het aangevallen artikel in hoofdzaak niet de qualificaties verdient waarop eiseressen hun vordering doen steunen;

dat weliswaar dit artikel enkele onjuistheden en onzorgvuldigheden bevat die Onzes inziens in het algemeen echter niet van zo ernstige aard zijn, dat de door eiseressen verzochte rectificatie gerechtvaardigd schijnt, zulks te meer, daar naar Ons voorlopig oordeel de algemene strekking van de inhoud van dit artikel evenals zijn conclusie niet onverantwoord schijnen;

dat Wij hierbij echter een uitzondering willen maken op de uitslating in dit artikel dat het I.O.S.-spearsysteem in geen geval voordelig is;

dat immers deze uitspraak die, zoals Wij hierboven hebben overwogen, Ons voorshands niet juist voorkomt, ingaat tegen één van de stellingen van eiseressen waaraan zij grote waarde hechten en die zij als één der pijlers van haar reclamecampagne gebruiken;

dat een rectificatie van deze onjuistheid Ons gerechtvaardigd voorkomt, doch verder voor een verbod tot publicatie zoals door eiseressen gevorderd, Onzes inziens geen aanleiding bestaat;

dat Wij voorts, waar gedaagde grotendeels in het gelijk is gesteld, eiseressen behalve haar eigen kosten ook een belangrijk deel van die van gedaagde en de deskundige behoren te dragen;

RECHTDOENDE:

Bevelen gedaagde in het eerstvolgend nummer van "De Consument-
engids" een rectificatie te plaatsen betreffende de medede-
ling dat het Investors Overseas Services spaarsysteem thans
fiscaal in geen geval voordelig is, zulks op straffe van een
dwangsom van f. 25.000.-vijfentwintig duizend gulden);
Verklaren dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

President Rb. 's Gravenhage, 15 augustus 1968

(Cambridge Haar-Instituut v. Nederlandse Consumentenbond)

Overwegende ten aanzien van de feiten :

dat eiseres heeft gesteld en geconcludeerd als in de hierna volgende fotocopie van de dagvaarding staat vermeld:

...

1. Aangezien eiseres een aantal z.g. haarinstituten in Nederland en Duitsland exploiteert;
2. Aangezien gedaagde in haar orgaan Consumentengids van juni 1968 (16e jaargang n° 6) een artikel heeft doen verschijnen, getiteld "haarinstituten" en afkomstig van drs. B. Wildeboer;
3. Aangezien gedaagde, van wie het orgaan "Consumentengids" een maandblad is verantwoordelijk is voor de inhoud van hetgeen in dat maandblad verschijnt;
4. Aangezien toon en inhoud van het gemelde artikel jegens de daarin met name genoemde eiseres, aangeduid als: De Cambridge haarinstituten, als hoedanig de instituten van eiseres plegen te worden aangeduid, onrechtmatig is, immers in strijd komt met de zorgvuldigheidsnorm in acht te nemen jegens eiseres;
5. Aangezien immers de teneur van het gehele artikel is dat een haarinstituut en in het bijzonder eiseres geen resultaat bereikt bij een client, wel veel geld daarvoor rekent en op zijn best gezien, niet schadelijk is, daarmee het publiek dringend aanradend niet naar een haarinstituut te gaan; kennelijk daarmee speciaal op het Instituut van eiseres doelend;
6. Aangezien die teneur bewust eenzijdig is, vooral nu eiseres immers aan de hiervoor vermelde journalist, namen en adressen heeft verstrekt van een aantal klanten en gewezen klanten die hem zelf zouden kunnen informeren over de baat die zij bij de behandeling hadden gevonden, doch gedaagde

althans gemelde journalist voor wiens publicatie zij verantwoordelijk is, opzettelijk nagelaten heeft deze mensen te benaderen;

7. Aangezien aldus een journalistieke- en algemene fatsoensregel is overtreden, te weten het toepassen van "hoor en wederhoor" en reeds om die reden de publicatie onzorgvuldig is jegens eiseres;
8. Aangezien bovendien in het gewraakte artikel onjuiste en denigrerende opmerkingen voorkomen, bedoeld om haarinstituten i.h.a. en die van eiseres in het bijzonder in een kwaad daglicht te stellen;
9. Aangezien in het meergenoemde artikel b.v. voorkomt de volgende passage:

"De Cambridge haarinstituten keren zich tegen het dragen van pruiken, pleiten voor goede haar- en hoofdhuidverzorging en laten bij sterk kalende mensen soms haartransplantaties verrichten...

Het Harvard haarinstituut is aanmerkelijk voorzichtiger"

daarmee met zoveel woorden suggererend dat eiseres onvoorzichtig te werk gaat zonder dat, daarvoor ook meer een basis van waarheid bestaat;
10. Aangezien in gemeld artikel evenzeer een passage voorkomt waarin gesuggereerd wordt dat de behandeling door de instituten van eiseres alleen maar in schijne helpen omdat de terugkerende haargroei ook zonder die behandeling bereikt zou zijn, in welk verband het artikel, zich niet ontziet te spreken van: De mensen die op deze manier zijn "geholpen",...;
11. Aangezien het artikel denigrerend begint met de volgende passage:

"Wie een haarinstituut binnen gaat, wordt voor een man-in-het-wit geleid, die een aantal vragen afvuurt: leeftijd ? gevoelige huid ? hoeveel haaruitval, last van roos ? enz. Vervolgens wordt de hoofdhuid onder een lamp bekeken. De man-in-het-wit schudt droevig het hoofd. De geachte client heeft roos en

zonder behandeling door het instituut zal hij (of zij) binnen aanzienbare tijd nog veel meer haar kwijt zijn. Hij kan een kuur van bijv. dertig behandelingen volgen (twee à driemaal per week), waarvan de kosten zo'n tien à vijftien gulden per keer bedragen. Natuurlijk moeten verscheidene exclusieve preparaten worden gebruikt, zowel op het instituut als thuis. Bijkomende kosten derhalve enkele tientallen guldens; welke passage niet alleen kwetsend doch ook onjuist is; zijnde de gang van zaken bij eiseres geheel anders, zoals zij schriftelijk voor de publicatie van het artikel aan genoemde Wildeboer heeft doen weten;

12. Aangezien het meer gemelde artikel zich ook ten onrechte laatdunkend uitlaat over de door eiseres in haar instituten toegepaste methode van haartransplantatie, hoewel deze methode wetenschappelijk beproefd is en sedert meer dan 5 jaren reeds in de U.S.A. met succes wordt toegepast door bevoegde doctoren;
13. Aangezien het bovenstaande nog te meer klemt, nu het betreffende artikel begeleid wordt door 2 uiterst denigrerende tekeningen die zeer sterk suggereren dat haarinstituten - o.a. - eiseres-kwakzalvers zijn althans een mala fide bedrijf uitoefenen;
14. Aangezien op al deze gronden nader bij mondelinge behandeling toe te lichten, gedaagde onzorgvuldig en onbehoorlijk jegens eiseres handelt en gehandeld heeft, hebbende deze publicatie een slecht effect voor eiseres jegens potentiële klanten die uit dit artikel immers de indruk moeten krijgen dat een behandeling bij een haarinstituut van eiseres nutteloos is;
15. Aangezien deze zaak is één van onverwijlde spoed vermits verdere publicaties van gedaagde het debiet van eiseres zeer ernstig zullen schade, en bovendien omdat spoedige rectificatie voor eiseres van groot belang is;

16. Aangezien eiseres met spoedige rectificatie door gedaagde in haar bovenbedoeld orgaan zeer gebaat zou zijn, omdat zij nu reeds in haar bedrijf door notoire daling van de omzet de nadelen ondervindt van het bovenbedoeld artikel;

MITSDIEN:

bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad gedaagde te veroordelen zich te onthouden van iedere verdere publicatie over de haar-instituten van eiseres, althans van iedere verdere publicatie daarover waarin op denigrerende wijze feitelijk onjuist over deze instituten en de behandeling daar wordt geschreven, een en ander op verbeurte van een dwangsom van F 10.000.- per overtreding, zo mogelijk met het bevel aan gedaagde om in haar eerst verschijnend nummer van de Consumentengids een rectificatie ten aanzien van genoemd artikel op te nemen in die zin dat gedaagde dan dient te publiceren dat genoemd artikel onrechtmatig en onjuist was en dat geenszins als vaststaand mag worden aangenomen dat behandeling bij eiseres geen baat brengt; een en ander op straffe van een dwangsom van f 50.000.-; kosten rechtens.

dat gedaagde tegen de ingestelde vordering verweer heeft gevoerd op gronden waarop hieronder, voorzoveel nodig, nader zal worden teruggekomen;

Overwegende ten aanzien van het recht:

dat eiseres stelt dat gedaagde in haar orgaan "Consumentengids" van juni 1968 een artikel heeft doen verschijnen genaamd "Haar-instituten" dat op denigrerende en onjuiste wijze de werkwijze en het resultaat daarvan - van Haarinstituten in het algemeen en dat van eiseres in het bijzonder beschrijft en gedaagde zulks doende jegens eiseres een onrechtmatige handeling heeft gepleegd;

dat gedaagde zich op het standpunt stelt, dat zij als haar taak ziet het publiek kritisch voor te lichten, niet alleen over de door de handel aan het publiek aangeboden waren, doch tevens over de aan dit publiek aangeboden diensten, en voorts dat zij dusdoende het algemeen belang dient;

dat Wij dit standpunt van gedaagde delen;

dat beide partijen, naar Wij ter terechtzitting hebben begrepen, niet van mening verschillen dat aan deze kritische voorlichting een zorgvuldig onderzoek door gedaagde moet voorafgaan en uiteraard dat gedaagde in haar voorlichting geen onjuiste feiten mag vermelden;

dat naar door eiseres niet dan wel onvoldoende is betwist, gedaagde bij haar, in het litigieuze artikel vermelde voorlichting, als volgt is te werk gegaan:

nadat gedaagde kennis had genomen van een aantal in de Nederlandse dagbladpers verschenen reclames van verschillende haarinstituten, waaronder dat van eiseres (producties 1a, 1b en 1c), waarbij eiseres onder meer stelde, "dat het thans voor iedereen mogelijk is om eigen haar terug te krijgen" (productie 1b), heeft zij (gedaagde) zich gewend tot een vijftal dermatologen, professor Dr. L. H. Jansen, professor Dr. C. H. Beek, Dr. B. J. R. Blom-Veldhuizen, arts, Dr. W. F. Germeraad en Dr. J. P. Nater. In overleg met deze medici heeft gedaagde hierna 3 van haar medewerkers opgedragen persoonlijk bij een tweetal van de meeste bekende Haarinstituten, waaronder eiseres, te onderzoeken op welke wijze deze instituten hun diensten aan het publiek verleenden. De resultaten van deze onderzoeken zijn door gedaagde ter terechtzitting overgelegd (producties IIa, b en c);

Vervolgens heeft gedaagde het resultaat van dit onderzoek met voornoemde medici - in het bijzonder met de sub 1 en 3 genoemde - besproken en naar aanleiding daarvan een concept artikel

voor de Consumentengids ontworpen. Zij heeft dit concept ondermeer aan eiseres toegezonden en deze heeft haar een uitvoerig antwoord gezonden (productie III b) hetwelk gedaagde weer aan professor Jansen voornoemd heeft overgelegd, die dit antwoord van eiseres heeft gerepliceerd (productie V f);

Hierna heeft gedaagde op grond van voormalde reacties het concept gedeeltelijk herschreven en het weder aan haar medici en ook aan eiseres toegezonden. De toezending aan eiseres geschiedde op 9 mei 1968 met de mededeling dat gedaagde zich voorstelde deze eindredactie in het juni nummer van de Consumentengids op te nemen;

Omstreeks die tijd heeft eiseres aan gedaagde nog een vijftal namen van ex-clienten, die zeer tevreden waren over de behandeling, gezonden. Gedaagde heeft getracht telefonisch contact met deze personen op te nemen, doch is daar niet althans onvoldoende in geslaagd;

dat Wij aan de hierboven weergegeven gang van zaken en aan de inhoud van het artikel de beantwoording van de vraag, of gedaagde voldoende zorgvuldigheid voor de belangen van eiseres heeft betracht, zullen moeten toetsen;

dat naar Onze voorlopige mening wel is komen vast te staan dat gedaagde getracht heeft een medisch verantwoord artikel te schrijven; uit de door haar overgelegde producties V a, b, d en e blijkt voorshands dat zij daarin is geslaagd, immers de meergenoemde medici plaatsen zich daar achter de inhoud van het artikel;

dat de vraag zich voordoet of gedaagde, wetende dat eiseres en de medici op tal van punten van mening verschillen, voetstoots de medici mocht volgen;

dat Onzes inziens het onderwerp van haarbehandeling verscheidene facetten bevat waarvan naar het Ons voorlopig wil voorkomen het medische facet wel het belangrijkste is;

dat aan gedaagde Onzes inziens dan ook niet kan worden verweten, dat zij bij haar kritische beschouwingen aan het medische facet

de meeste waarde heeft toegekend en dat zij voorts van mening was op dit punt aan het oordeel van medici meer waarde toe te moeten kennen dan aan het oordeel van personen die op medisch gebied als leken moeten worden beschouwd, zodat dit haar artikel niet eenzijdig of onjuist maakt;

dat ook om die reden gedaagde blijkbaar niet te veel aandacht heeft besteed aan en onderzoek heeft gedaan naar de verklaringen van de tevreden cliënten van eiseres;

dat toch in gedaagdes gedachtengang deze cliënten naar medisch inzicht waarschijnlijk moeten hebben behoord tot degenen die aan tijdelijke haaruitval leden, welke zich ook zonder behandeling zou hebben hersteld;

dat het uiteraard voor gedaagde doch, na het herstel ook voor een medicus niet mogelijk zal zijn, achteraf nog vast te stellen welke de oorzaak van de zich vroeger voorgedaan hebbende haaruitval is geweest, zodat het niet verder betrekken door gedaagde van deze ex-clienten van eiseres in haar onderzoek haar Onzesinziens niet kan worden verweten;

dat eiseres de door haar gestelde onrechtmatigheid van gedaagde ook baseert op de denigrerende toon waarin het artikel is geschreven;

dat juist is dat het artikel op sommige plaatsen in een voor eiseres inderdaad niet aangenaam aandoende ietwat raillerende toon is geschreven, doch Wij eiseres slechts in haar stelling zouden kunnen volgen indien daaruit zou moeten worden opgeraakt dat de goede trouw van eiseres in twijfel wordt getrokken;

dat toch gebrek aan goede trouw van eiseres niet is komen vast te staan en Onzes inziens ook niet in het geding is omdat de gehele zaak in wezen neerkomt op een andere visie van eiseres op haar behandeling dan de visie van de door gedaagde geraadpleegde medische deskundigen;

dat Wij echter in gedaagdes artikel en met name in de door eiseres aangehaalde passages geen uitspraken of aanduidingen van een twijfel aan de goede trouw van eiseres kunnen vinden; dat in strijd hiermede misschien wel de door gedaagde bij haar artikel geplaatste tekeningen kunnen gelden, waar hier kaalhoofdige behandelaars der cliënten worden afgebeeld welke behandelaars dan blijkbaar zich zelf niet aan meer haar hebben kunnen helpen;

dat Wij van oordeel zijn dat gedaagde met de opname van deze tekeningen niet juist heeft gehandeld;

dat Wij anderzijds echter menen dat de vordering van eiseres bezwaarlijk op grond van dit enige onderdeel kan worden toegewezen, daar b.v. van veel meer belang is de voor deze zaak uiterst belangrijke conclusie van het artikel die in zeer rustige toon een samenvatting geeft van de door gedaagde aangehangen medische visie op deze aangelegenheid;

dat Wij eiseresses vordering dan ook niet kunnen toewijzen en de overige door gedaagde aangevoerde verweren niet meer in behandeling zullen nemen;

RECHTDOENDE:

Weigeren de gevraagde voorzieningen;

Rb. 's Gravenhage, 23 februari 1970

(The Indiana v. Nederlandse Consumentenbond)

Overwegende dat de eerste vraag die de rechtbank thans zal beantwoorden is of juist is de stelling van eiser dat onwaar is hetgeen in beide publicaties is geschreven omtrent de windvastheid van de door eiser in de handel gebrachte tent aangeduid als "The Indiana Emigrant Junior", omdat, zoals eiser beweert, de gebezigde onderzoekmethode niet juist is geweest en in het bijzonder de tent bij het onderzoek niet goed was opgezet; dat wat dit laatste betreft beide publicaties inhouden dat elke onderzochte tent op dezelfde wijze aan dezelfde windkrachten (welke kunstmatig worden opgewekt) werd blootgesteld en dat, hoe en waarom daarbij drie tenten, waartoe behoorde "The Indiana Emigrant Junior", het "in de strijd begaven", waarbij van "The Indiana Emigrant Junior" wordt gezegd dat deze "volledig instortte"; dat een en ander bevestiging vindt in het rapport no B-66-784/13063 van april 1966 van het Instituut TNO voor bouwmaterialen en bouwconstructies betreffende het door dit instituut voor de gedaagden verrichte "onderzoek naar de stabiliteit van bungalowtenten" dat, samen met andere rapporten van TNO de grondslag heeft gevormd voor de onderhevige publicaties; dat in dat rapport de onderzochte tenten met de nummers 1 tot en met 15 zijn aangeduid en tussen partijen vaststaat dat "The Indiana" Emigrant Junior" van deze het nummer 14 had, ten aanzien van welke tent - met bijgevoegde foto (opgenomen als foto no 4 op bladzijde 185 van de Consumentengids) - in dit rapport is vermeld dat deze bezweek; dat het rapport tevens vermeldt dat alle tenten, voordat zij aan de stabiliteitsproef (windvastheid) werden onderworpen, door deskundigen van de A.N.W.B. en Consumentenbond zijn opgezet; welke deskundigen in dat rapport met namen worden genoemd; dat in de publicatie van de Consumentenbond dan ook terecht kan worden vermeld dat de tenten door kam-

peerdeskundigen zijn opgezet en eiser dit ook niet betwist; dat eiser echter stelt dat niettemin de van hem afkomstige tent niet deskundig is opgezet en om dit te adstrueren zijnerzijds een onderzoek door voormeld instituut van TNO aan dit instituut heeft opgedragen en het daarover uitgebrachte rapport in het geding overgelegd; dat dit rapport (no B-66-1775/13084 van november 1966) vermeldt dat het een onderzoek betreft voor een bungalowtent van het type: Emigrant Junior, die door de opdrachtgever - eiser - is geleverd en dat de beproevingsprocedure naar de stijfheid en de stabiliteit van de tent als geheel en de sterkte van de buizen gelijk zal zijn aan een eerder door het instituut verricht vergelijkend onderzoek van bungalowtenten; dat dit rapport inhoudt: - wat betreft de uitvoering van de proeven, onder meer en voorzover hier van belang:

De Indiana Emigrant Junior wordt opgebouwd met behulp van drie "portaaltes", elk bestaande uit drie stokken en een noklat.

De "portaaltes" zijn onderling niet door buizen verbonden waardoor de tent zonder scheerlijnen geen enkele zijdelingse stijfheid bezit. De horizontale belasting wordt, afhankelijk van de windrichting, door 2 of door 3 haringen opgenomen.

Het zal duidelijk zijn dat juist bij een dergelijke constructie de stabiliteit sterk beïnvloed wordt door de manier van opzetten en het plaatsen van de haringen. Met het oog hierop is de beproeving tweemaal uitgevoerd:

Proef 1: a. Onder alle poten van de tent zijn houten plankjes aangebracht. Deze worden niet bij de tent bijgeleverd (zie fig. 5).

b. De haringen aan de scheerlijnen zijn met een normale bankhamer (zie fig. 6) de grond ingedreven. De koppen van de haringen bevonden zich ca. 3 cm beneden het maaiveld.

Proef 2: Bij deze proef is de tent zonder extra hulpmiddelen opgezet. De haringen zijn tot aan de koppen de grond ingedrukt.

De tent is beide keren opgezet door de opdrachtgever. De luifel was neergeslagen en de ramen en de ingang waren afgesloten. De voor de scheerlijnen toegepaste haringen waren gegolfde V-vormige stalen haringen (zie fig.7). Voor het vastzetten van het doek worden ronde grondpennen toegepast. Behalve de zeer zware grondpennen op de hoeken van de tent, werden verder nog twee verschillende soorten toegepast (zie fig.7), aangezien de opdrachtgever niet voldoende kleine pennen, die nogmaal bijgeleverd worden, ter beschikking had.

Gemednd werd dat dit de resultaten van de proef niet zou beïnvloeden.

De beproeving werd uitgevoerd op betrekkelijk zacht grasland.

Beide keren werd de beproeving uitgevoerd met de belasting loodrecht op de lange zijde van de tent, aangezien dit ongetwijfeld de meest ongunstige toestand is.

- wat betreft de resultaten van het onderzoek:

PROEF 1: (zie fig.8)

Horizontale verplaatsing na $1 \times P_{\max}$: 17 cm

Maximale horizontale verplaatsing : 20 cm.

Maximale blijvende vervorming : 7 cm

De buizen hebben geen merkbare blijvende vervorming ondergaan.

De haringen van de scheerlijnen waren niet noemenswaardig losgewerkt.

PROEF 2:

Horizontale verplaatsing na $1 \times P_{\max}$: 21 cm.

Maximale horizontale verplaatsing : 25 cm.

Maximale blijvende vervorming : 12 cm.

De buizen hebben geen merkbare vervorming ondergaan. De haringen van de scheerlijnen aan de achterzijde van de tent (belasting aan voorzijde) waren sterk losgewerkt.

De middelste van deze haringen was over 5 à 10 cm. door de grond getrokken.

Bij een enigszins langdurige belasting met een dynamisch karakter (wind) zou deze haring ongetwijfeld losgetrokken zijn. De tent heeft dan geen enkele reserve meer tegen bezwijken (zie 2.1.).

- en als samenvatting en conclusies, onder meer en voorzover hier van belang:

Aan het Instituut TNO voor Bouwmaterialen en Bouwconstructies is door Tentenfabriek The Indiana opdracht verstrekt een onderzoek in te stellen naar de kwaliteit van een bungalowtent van het type Emigrant Junior.

De resultaten van de onderzoeken geven aanleiding tot de volgende conclusies:

Constructieve kwaliteiten.

- a. De sterkte van de buizen is goed.
- b. De stabiliteit van deze tent is sterk afhankelijk van de wijze van opzetten en het plaatsen van de haringen.
- c. Indien de tent zonder bijzondere voorzieningen wordt opgezet moet de stabiliteit en het herstellingsvermogen als matig gekwalificeerd worden.
- d. Het is mogelijk de stabiliteit en het herstellingsvermogen door extra voorzieningen aanzienlijk te verbeteren zoals bijv.:
 - I. Het aanbrengen van plankjes onder de poten (vooral bij zachte grond).
 - II. Het diep in de grond slaan van de haringen of nog beter toepassing van aan de grondsoort aangepaste haringen.
 - III. Het aanbrengen van een extra scheerlijn aan de midden-nokpunten waardoor de belasting ter plaatse over 2 haringen wordt verdeeld.

dat de rechtbank het met de beide gedaagden, die reeds bij conclusie van antwoord op dit hun toen reeds bekende, in opdracht van eiser verrichte onderzoek en de resultaten daarvan als neergelegd in voormeld rapport zijn ingegaan, eens is dat hieruit

niet blijkt dat de tent van eiser waarover zij de beschikking hadden niet deskundig is opgezet; dat immers uit het rapport volgt en door eiser ook niet wordt betwist dat, toen eiser de tent, welke hij wilde laten onderzoeken, opzette hij hierbij gebruik heeft gemaakt van hulpmiddelen die normaal door hem niet worden bijgeleverd en dan ook niet geleverd zijn bij de tent welke van hem afkomstig was en waarvan hij niet wist dat deze zou dienen voor het vergelijkend onderzoek door de gedaagden, zoals de extra zware haringen en pennen en de plankjes die hij onder alle poten van de tent heeft aangebracht; dat eiser de gedaagden dan ook niet kan verwijten dat bij hun onderzoek de tent met de materialen, zoals deze geleverd werd, werd opgezet, derhalve zonder gebruikmaking van plankjes en met de lichtere haringen en pennen, daar anders het karakter en de waarde van hun onderzoek ter onpartijdige voorlichting van het publiek dat voor het kopen van tenten in aanmerking komt niet aan dat doel zou beantwoorden; dat eiser nog wel heeft aangevoerd dat, wat de plankjes betreft, in de gebruiksaanwijzing plankjes worden voorgeschreven, doch afgezien van het feit dat in de overgelegde "richtlijnen voor het opzetten van de tent "Emigrant Jr" slechts staat: "De stokken in het dagverblijf zijnde steen, tegel of plankje onder te leggen" zonder dat daaruit blijkt dat dit behoort te worden gedaan op de wijze waarop eiser blijkens de bij het rapport behorende foto (figuur 5) dit heeft gedaan, hebben gedaagden onbetwist door eiser gesteld dat bij de tent hiervoor bedoeld welke van eiser afkomstig was en bij hun onderzoek is betrokken (de tweede van eiser afkomstige tent - waarover in de hierna volgende overwegingen nader wordt ingegaan), door eiser geen gebruiksaanwijzing was gevoegd;

dat derhalve als ten processe vaststaand kan gelden dat de van eiser afkomstige tent, zoals die was geleverd, bij het vergelijkend onderzoek naar de windvastheid der onderscheidene tenten, overeenkomstig de kundigheid van een ervaren kampeerder, dus goed, is opgezet;

dat eiser's raadsman bij pleidooi het vergelijkend onderzoek ook heeft gemaakt omdat daarbij een statische kracht op de tenten werd uitgeoefend in plaats van een dynamische, welke winduitoefent; dat echter in de TNO rapporten zowel van het vergelijkend onderzoek als ook van het in opdracht van eiser gedane onderzoek wel degelijk rekening is gehouden met dynamische effecten van wind op tenten, hetgeen met betrekking tot het vergelijkend onderzoek dan ook terecht in de publicaties is vermeld in voor leken begrijpelijke taal;

dat ook al is het gedrag van de tenten bij de toegepaste belastingsmethode niet volledig hetzelfde als bij storm volgens de TNO rapporten deze werkwijze als criterium voor een vergelijkend onderzoek voldoende is; dat dan ook het bezwaar van eiser tegen de onderzoeksmethode niet opgaat;

dat eiser nog heeft gesteld dat het bezwijken van de tent van eiser bij het onderzoek naar de windvastheid door gedaagden in hun publicaties onnodig denigrerend als instorten wordt gekwalificeerd en daarom jegens eiser onzorgvuldig en onrechtmatig zou zijn, doch de rechtbank, nu vaststaat dat de tent van eiser bij dat onderzoek niet overeind is blijven staan, niet inziets waarom gedaagden in hun publicaties daarvoor niet het woord "instorten", dat duidelijk aangeeft wat er is gebeurd, zouden mogen gebruiken;

Overwegende dat de rechtbank ook verder van oordeel is dat eiser ten onrechte de resultaten van het vergelijkend onderzoek, zoals dit door de gedaagden in de publicaties is verwerkt, als jegens hem onrechtmatig aanmerkt; dat in tegendeel de rechtbank van oordeel is dat het gedegen onderzoek dat de gedaagden voor instituten van TNO hebben doen verrichten door

gedaagden in hun publicaties op verantwoorde wijze is verwerkt ten behoeve van hun leden en van het publiek waarvoor het bestemd is; dat eiser er zich dan ook niet over kan beklagen dat gedaagden in hun publicaties met betrekking tot "The Indiana Emigrant Junior" -- tent van eiser bij vergelijking met andere tenten tot een resultaat komt dat in vele opzichten ongunstiger is dan het resultaat van de andere bij het onderzoek betrokken tenten; dat de rechtbank derhalve de -- overigens ook vage -- klachten van eiser op dit punt als ongegrond verworpt en geen aanleiding ziet elke afzonderlijke klacht daaromtrent te onderzoeken;

dat in dit verband nog moet worden opgemerkt dat bij het vergelijkend onderzoek, zoals ook in de publicaties tot uiting komt, twee van eiser afkomstige tenten van het merk "The Indiana Emigrant Junior" in onderzoek zijn geweest en eiser aan gedaagden verwijt dat, hoewel de kwaliteit van het eerste in onderzoek genomen exemplaar, in het bijzonder wat betreft het doek, anders was dan die van het tweede in onderzoek genomen exemplaar, de publicaties slechts de resultaten vermeldten van het doek van het tweede exemplaar; dat met betrekking hiertoe eiser in de dagvaarding had gesteld dat ten onrechte door gedaagden een tweede tent in het onderzoek was betrokken met een lichtere, niettemin nog goede kwaliteit doek; dat tegenover deze weinig concreet geformuleerde bezwaren van eiser, gedaagden en van hen in het bijzonder de Consumentenbond uitvoerig hebben duidelijk gemaakt dat het doek van de tweede tent van mindere kwaliteit was dan het doek van de eerste tent en waarom zij zich gerechtigd achten de resultaten van de proeven met het doek van de eerste tent in hun publicaties en de daarbij behorende tabel, waarin de bevindingen met betrekking van de doeken van de tenten van de onderscheidene onderzochte merken vergelijkenderwijs zijn verwerkt, niet op te nemen en die van de tweede wel; dat de Consumentenbond, nadat haar vertegenwoordigster

ter comparitie, mej. drs. Fransen, reeds had verklaard dat de levering van de tweede tent een normaler karakter had gehad dan die van de eerste tent, bij conclusie na comparitie naar voren heeft gebracht dat zij en de A.N.W.B. goede reden hadden gehad om te veronderstellen dat eiser had kunnen begrijpen dat, toen de eerste tent bij hem gekocht werd (het was niet anders mogelijk dan dat dit rechtstreeks bij hem gebeurde gelet op de wijze waarop de van hem afkomstige tenten door hem ten verkoop worden aangeboden) deze bestemd zou zijn voor een door de Consumentenbond te ontameren vergelijkend onderzoek en althans de Consumentenbond en de A.N.W.B. met deze mogelijkheid moesten rekening houden; dat daarom op een andere wijze door middel van iemand in Gouda wederom bij eiser een tent, eveneens van het merk "The Indiana Emigrant Junior", is gekocht en het verantwoord was om deze tweede tent als maatstaf aan te nemen daar immers hier van een normale transactie aan een willekeurige klant kon worden gesproken; dat immers bij het onderzoek, in verband met het doel daarvan, tenten die op de normale manier aan het publiek worden aangeboden en verkocht, in aanmerking behoorden te komen; dat deze door gedaagden gevolgde handelwijze aan de rechtbank redelijk en verantwoord voorkomt; dat de rechtbank hierbij in aanmerking neemt dat blijkens de overgelegde rapporten van het Vezelinstituut TNC betreffende het doek van de beide tenten - dat van de eerste tent, het rapport (brief) van 6 april 1966 (prod. VIIA bij akte van de Consumentenbond van 29 oktober 1968) en dat van de tweede tent het rapport (brief) van 5 mei 1966 (prod. VIO bij idem) - de kwaliteit van het doek van de tweede tent duidelijk minder was dan de kwaliteit van het doek van de eerste tent, dat deze rapporten wat dit betreft ook door eiser niet worden betwist en door hem ook niet wordt beweerd;

dat de publicaties van gedaagden onjuist zijn voorzover daarin - in het gedeelte "The Indiana Story", dat in beide publicaties gelijkloidend is - wordt gezegd dat het doek van de tweede tent (monster) heel wat minder was dan van de eerste;

Overwegende dat eiser voorts stelt dat de publicaties van gedaagden ook onjuist en misleidend zijn voorzover daarin is vermeld dat bij de van eiser afkomstige tent "The Indiana Emigrant Junior" geen inventarislijst en gebruiksaanwijzing wordt geleverd;

Overwegende hieromtrent:

dat deze vermelding, naar de rechtbank is gebleken, in de publicatie in de "De Kampeerkampioen" van de A.N.W.B. voorkomt in de op bladzijde 335 van dat nummer van "De Kampeerkampioen" afgedrukte tabel met het hoofd "SERVICE" en in de publicatie in de "Consumentengids" van de Consumentenbond voorkomt op bladzijde 184 van het betreffende nummer onder het gedeelte van de publicatie dat als hoofd draagt: "Inventarislijst, gebruiksaanwijzing en garantiebewijs" met de daarbij behorende op die bladzijde afgedrukte tabel; dat deze vermelding dus ten processe vaststaat;

dat tevens is komen vast te staan dat bij de eerste door eiser geleverde tent wel een gebruiksaanwijzing was gevoegd, maar bij de tweede niet; dat de rechtbank van oordeel is dat door gedaagden de tweede geleverde tent op de gronden zoals hiervoor weergegeven niet ten onrechte als de voor het onderzoek relevante is aangemerkt, zodat het verantwoord was en niet onjuist of misleidend om in de publicaties op te nemen dat een gebruiksaanwijzing ontbrak;

dat de beide gedaagden bij conclusie van antwoord hebben volgehouden dat bij de van eiser afkomstige tent geen inventarislijst was gevoegd en dat derhalve hun publicatie ook op dit punt niet onjuist was; dat partijen na de pleidooien dit punt niet meer in hun discussie hebben betrokken en dit ook overi-

gens niet meer ter sprake is gekomen; dat met name ook niet duidelijk is geworden of eiser heeft betwist dat een inventarislijst bij de tweede geleverde tent ontbrak;

dat het aan de rechtbank echter niet nodig voorkomt om hetzij eiser, hetzij gedaagden op dit punt tot enig bewijs toe te laten, daar de rechtbank van oordeel is dat, ook al zouden gedaagden ten onrechte in hun publicaties hebben opgenomen dat geen inventarislijst was bijgeleverd, dit punt in het geheel van de publicaties van zulk een ondergeschikt belang is dat de vordering van eiser daardoor niet is gerechtvaardigd; dat de rechtbank overigens, gelet op het feit dat naar haar oordeel het gehele door gedaagden verrichte onderzoek objectief, verantwoord en deskundig is geschied, van mening is dat de bedoelde vermelding in de publicaties, indien dat al ten onrechte zou zijn geschied, op een vergissing van de zijde van gedaagden berust en derhalve het schuld-element ontbreekt;

Overwegende met betrekking tot de stelling van eiser dat in de beide publicaties ten onrechte wordt gesteld dat alleen de tent van eiser een slechte koop vormt:

dat deze bewering in de beide publicaties, zij het niet in eensluidende bewoordingen voorkomt als laatste zin onder het gedeelte van de publicaties dat het hoofd "conclusie" draagt (in "De Kampeerkampioen" op blz. 335 en in de "Consumentengids" op blz. 184);

dat de rechtbank allereerst opmerkt dat de betreffende door eiser gewraakte zin behoort te worden gelezen in de context van genoemde "Conclusie" en bovendien in samenhang met de vóór die conclusie weergegeven resultaten van het vergelijkend onderzoek;

dat de rechtbank voorts van mening is dat in publicaties als de onderhavige het verantwoord is om het resultaat van een vergelijkend warenonderzoek in duidelijke en begrijpelijke woorden samen te vatten; dat een dergelijke samenvatting met zich

meebrengt dat wordt duidelijk gemaakt voor de consument (in casu voor de (adspirant-) kampeerder) wanneer hij een goede, een verantwoorde of een slechte koop doet; dat een dergelijke conclusie van weinig of geen waarde zou zijn indien daarbij de namen c.q. handelaren van de onderzochte waren niet zouden worden vermeld;

dat nu, gelet op de weergegeven resultaten van het vergelijkend onderzoek die naar het oordeel van de rechtbank niet onjuist of misleidend zijn weergegeven, zoals hiervoor overwogen, gedaagden niet ten onrechte in de "Conclusie" konden zeggen, daarbij tevens de prijs vermeldend, dat alleen de tent van eiser een slechte koop was; dat eiser niet betwist dat de prijs die de A.N.W.B. en de Consumentenbond voor de door hen bij het onderzoek betrokken tenten van eiser hebben betaald met bijkomende vracht in totaal F 614,55 (in publicatie "De Kampeerkampioen") en F. 607,50 + vracht (in publicatie "Consumentengids") (per stuk) heeft bedragen, terwijl de prijs van elke andere onderzochte tent beneden de F 500,- ligt en van vijf tenten nog beneden de F 400,-, zoals blijkt uit de in de publicaties opgenomen tabellen (bl.536, respectievelijk bl.174/175); dat, naar het oordeel van de rechtbank, gedaagden door de vermelding van de door eiser gewraakte zin in hun publicatie jegens eiser dan ook niet onzorgvuldig hebben gehandeld;

Overwegende dat de rechtbank, het hiervoor overwogene samenvattend, van oordeel is dat al hetgeen eiser heeft gesteld ten betooge dat de publicaties van gedaagden met betrekking tot het door en in opdracht van hen verrichte onderzoek jegens hem onrechtmatig is, grotendeels feitelijke grondslag ontbeert en voor het overige (de inventarislijst) ook niet tot die conclusie kan leiden;

Overwegende dat de rechtbank thans toekomt aan de stellingen van eiser met betrekking tot het in beide publicaties voorkomende eensluidende naschrift, getiteld: "The Indiana Story";

Overwegende dat eiser, zoals reeds in het interlocutair vonnis van 30 september 1968 is overwogen, de onrechtmatigheid jegens hem van de publicatie van dit naschrift onder meer hierin ziet dat dit naschrift na het voorafgaande vergelijkende artikel overbodig was en in zijn geheel een ongeoorloofde aanval op eiser's verkoopmethoden en tenten oplevert; dat eiser bij conclusie van eis met betrekking tot dit naschrift heeft gesteld dat dit een aantal, door eiser opgesomde, feitelijke onjuistheden bevat en dat de toon van dit naschrift nodeloos denigrend is;

Overwegende dat de rechtbank meent bij de behandeling van dit onderwerp te moeten vooropstellen dat de Consumentenbond krachtens haar doelstelling de belangen van de consument, behartigt, hetgeen als een algemeen belang is aan te merken en dat haar uit dien hoofde de mogelijkheid moet openstaan om haar bekende feiten, waardoor naar haar mening dat belang wordt geschaad ter kennis van de consument te brengen door publicaties of anderszins; dat, al heeft de A.N.W.B. een andere doelstelling, zij, naar algemeen bekend is, mede zich ten doel stelt haar leden voor te lichten op het terrein van haar activiteiten - onder andere door middel van publicaties in door haar uitgegeven bladen als "De Kampeerkampion" - en, indien zij dat in het belang van haar leden nodig acht, deze daarbij te wijzen op nadelen die zij kunnen ondervinden bij de aankoop van bepaalde artikelen; dat derhalve in het algemeen zowel de Consumentenbond als de A.N.W.B. het publiek en hun leden mogen waarschuwen tegen gevaren en risico's, waaraan dit/deze wordt/ worden bloot gesteld bij de aankoop van een bepaald artikel; dat deze gevaren en risico's zowel de verkoopmethoden als de aangeboden waar kunnen betreffen;

dat het publiceren van zulk een waarschuwing door de Consumentenbond en de A.N.W.B. dus in het algemeen niet onrechtmatig is en slechts bijzondere omstandigheden van het geval tot een oordeel kunnen leiden dat een waarschuwing jegens degene die het betreft wel onrechtmatig is; dat een dergelijke bijzondere omstandigheid hierin kan bestaan dat de waarschuwing ongefundeerd is of in zodanige bewoordingen is gesteld dat zij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, onnodig grievend is voor degene die het betreft of misleidend is; dat, met andere woorden, bij het publiceren van deze waarschuwingen de zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van degene die het betreft zal degelijk in acht moet worden genomen; Overwegende dat het onderhavige naschrift duidelijk een waarschuwing van de Consumentenbond en van de A.N.W.B. voor het publiek en hun leden inhoudt;

Overwegende dat de rechtbank verder eveneens nog vooropstelt dat deze waarschuwing moet worden gezien in het kader van hetgeen daarvoor in gepubliceerd omtrent het vergelijkend onderzoek naar tenten; dat het naschrift immers daarop onmiddellijk aansluit en dan ook door eiser zelf als een naschrift wordt betiteld;

Overwegende dat dit naschrift allereerst beschrijft op welke wijze tenten van het merk "The Indiana" aan het publiek te koop worden aangeboden, vervolgens hoe de koop tot stand komt, dan welke prijs de koper moet betalen, hoe de levering geschiedt, wat de kwaliteit van het geleverde is en tenslotte inhoudt de zinnen "Al met al dus het zoveelste voorbeeld van een duur en slecht product dat via bijzondere verkoopmethoden aan de man wordt gebracht. Indiaantje spelen is wel een dure liefhebberij!";

dat eiser niet als onjuist betwist de in het naschrift gegeven feitelijke omschrijving van de wijze waarop "The Indiana"-tenten worden te koop aangeboden - zij het dat hij stelt dat hij ook een permanente expositie van tenten bij zijn bedrijf in Haarlem heeft en, voorzover hen mogelijk, tijdelijke exposities elders - doch hij zich gegriefd acht door de daaraan voorafgaande kenschetsing in het naschrift van dit door hem gebruikte verkoopsysteem als "een soort postorder - annex colportagesysteem" en als afwijkend van de verkoop van tenten "via winkels en warenhuizen";

dat de rechtbank echter in de door eiser gewraakte aanduiding van het verkoopsysteem van "The Indiana"-tenten geen onjuiste kwalificering ziet en derhalve ook niet een misleidende en noodloos denigrerende kwalificatie van eiser's verkoopmethode; dat gedaagden niet kan worden kwalijk genomen dat zij in het naschrift niet de door eiser bedoelde exposities hebben vermeld, daar uit de ten processe overgelegde advertenties betreffende "The Indiana"-tenten blijkt dat daarbij niet naar dergelijke exposities wordt verwezen, maar slechts naar een op aanvraag te verkrijgen catalogus, terwijl in de in het geding gebrachte catalogi betreffende "The Indiana"-tenten evenmin van een permanente expositie - of enige andere expositie - wordt gerept; dat eiser nog stelt dat de vertegenwoordigers van eiser geen misleidende voorlichting verstrekken, noch op ongeoorloofde of op minder behoorlijke wijze trachten een tent te verkopen, doch deze stelling een slag in de lucht is daar het naschrift niet inhoudt dat de vertegenwoordigers van eiser wel aldus optreden; dat eiser zich er niet over kan beklagen dat in het naschrift op dit systeem op voor de consument duidelijke en begrijpelijke wijze wordt gewezen; dat in dit verband ook het feit dat gedaagden in het naschrift er op wijzen dat het tekenen van het "bestelordertje" betekent dat men een koopcontract tekent, geens-

zins onrechtmatig is, doch een duidelijke voorlichting voor het publiek, waarbij de vermelding dat een bestelordertje berucht is, alleen maar een nadere waarschuwing inhoudt tegen bij verkoopmethoden als de onderhavige naar algemeen bekend is niet ongebruikelijke wijzen om een verkoop tot stand te brengen;

dat, zoals hiervoor reeds werd overwogen eiser niet heeft betwist dat gedaagden om een complete tent met de gebruikelijke toebehoren te verkrijgen, een bedrag van F 614,55 hebben moeten betalen; dat gedaagden er derhalve ter voorlichting aan de consument - en ter waarschuwing aan hem - terecht op kunnen wijzen dat dit bedrag aanmerkelijk hoger is dan de "standaardprijs" van F 495,- welke in de catalogus voor de onderhavige tent wordt vermeld, te meer nu blijkens de overgelegde catalogus deze standaardprijs bij de beschrijving en de afbeelding van de tent wordt genoemd en aldus de argeloze aspirant koper de indruk krijgt dat hij voor deze prijs een volledige tent met de gebruikelijke toebehoren ontvangt; dat daaraan niet afdoet, zoals eiser stelt, dat elders in de catalogus de "meerprijs" voor verschillende onderdelen wordt vermeld;

dat eiser betwist de juistheid van het in het naschrift opgenomen omtrent de levertijd, te weten dat men "er om moet sobbatten hem (de tent) binnen enkele maanden geleverd te krijgen", stellende eiser dat op de overeengekomen datum wordt geleverd; dat evenwel uit de door de A.N.W.B. bij conclusie van antwoord overgelegde producties, zijnde een groot aantal klachten van leden van de A.N.W.B. met betrekking tot door hem gekochte "The Indiana"-tenten welke inhoud door eiser niet is betwist, blijkt dat in een aantal gevallen inderdaad eiser zich niet aan de overeengekomen levertijd heeft gehouden en de kopers herhaaldelijk op levering hebben moeten aandringen; dat de rechtbank het met eiser eens is dat het in het naschrift omtrent de levering gezegde te sterk is omdat eiser niet steeds de overeengekomen levertijd overschrijdt, doch nu vaststaat

dat de levertijd in een aantal gevallen wel is overschreden en op levering moest worden aangedrongen, de rechtbank van oordeel is dat gedaagden wel in de waarschuwing een passage konden opnemen welke op de levering betrekking had en daarbij kenden wijzen op het risico van te late levering en dat het feit dat gedaagden het daarbij deden voorkomen dat steeds te laat geleverd werd niet zodanig onzorgvuldig is, dat dit als onrechtmatig moet worden aangemerkt;

dat hetgeen in het naschrift door gedaagden wordt opgemerkt omtrent de "technische kwaliteiten" van de "The Indians"-tent reeds door de rechtbank hiervoor is behandeld bij de vraag of gedaagden onrechtmatig hebben gehandeld bij het vergelijken en onderzoek, en uit hetgeen daar is overwogen volgt dat gedaagden terecht op dit punt een waarschuwing konden geven en zulke te meer daar eiser in zijn catalogus hoog opgeeft van de kwaliteiten van zijn tenten, in het bijzonder van het doek daarvan;

dat tenslotte eiser bezwaar maakt tegen de laatste twee hiervoor weergegeven zinnen van het naschrift, omdat zoals hij stelt, de tent van eiser relatief noch duur noch slecht is; dat echter in de eerste plaats zoals hiervoor omstandig overwogen, de tent van eiser in verhouding tot de andere onderzochte tenten zeker duur is te noemen, terwijl dan ook nog die tent van eiser, zoals hiervoor ook omstandig overwogen, in verhouding tot die andere onderzochte tenten in het algemeen gezien stellig van mindere kwaliteit is, zodat het bezwaar van eiser ongegrond is, al meent de rechtbank dat het woord slecht hier ook een wat sterke uitdrukking is;

dat de rechtbank, het naschrift als geheel in ogenschouw nemend, het standpunt van eiser dat dit als overbodig en nodeloos denigrerend is te beschouwen - en daarom onzorgvuldig en onrechtmatig - niet deelt; dat de rechtbank het met de gedaagden eens is dat juist door de wijze waarop eiser zijn tenten te koop

aanbiedt en aanprijst - waarbij hij het ook ten onrechte, immers in strijd met de werkelijkheid, doet voorkomen blijkens zijn advertenties en catalogi alsof zijn bedrijf als "Hoofdkantoor voor Nederland" deel uitmaakt van een wereldomvattend meer dan een halve eeuw bestaand concern met de naam "The Indiana" en ook dat de tenten gemaakt zijn met "exclusief voor "The Indiana" aangemaakt" tentdoek (genaamd: The Indiana Imperial Cotton), terwijl blijkens het gedane onderzoek het product van eiser aan de verwachtingen welke het publiek aan de aanprijzingen zou kunnen ontleenen, niet kan voldoen - naast de weergave van het resultaat van het vergelijkend onderzoek het naschrift niet overbodig is te achten, en de hekelende toon van de in het naschrift gegeven waarschuwing niet ongepast, laat staan als onzorgvuldig en onrechtmatig is aan te merken;

Overwegende dat al het hiervoor overwogene tot de conclusie leidt dat de vordering van eiser als ongegrond aan hem behoort te worden ontzegd;

RECHTDOENDE:

Ontzegt aan eiser zijn vorderingen tegen de beide gedaagden;

President Rb. 's Gravenhage, 30 juli 1973.

(Assurantieconcern Stad Rotterdam anno 1720, Levensverzekerings-
maatschappij Stad Rotterdam en Verzekeringsunie Levensverzekering
Maatschappij N.V. v. Nederlandse Consumentenbond.)

TEN AANZIEN VAN DE FEITEN OVERWEGENDE ALS VOLGT:

Eiseressen hebben doen zeggen en concluderen voor eis overeen-
komstig de in dit vonnis in fotocopie opgenomen dagvaarding.
ten verzoeken van:

1. de naamloze vennootschap Assurantieconcern Stad Rotterdam
anno 1720, gevestigd te Rotterdam,
 2. de naamloze vennootschap N.V. Levensverzekeringmaatschappij
Stad Rotterdam, gevestigd te Rotterdam,
 3. de naamloze vennootschap De Verzekeringsunie Levensverzeke-
ring Maatschappij N.V., gevestigd te Utrecht,
- te dezer zake domicilie kiezende te 's Gravenhage aan de Konin-
ginnegracht 12b ten kantore van de advocaat en procureur Jhr. Mr.
J.A. Stoop, die door mijn requiranten tot procureur wordt gesteld
om als zodanig voor hen op te treden in het hierna te melden
geding,
heb ik ,

Jacobus Dirk RUINARD, deurwaarder bij de Arrondisse-
mentsrechtbank te 's Gravenhage, wonende te Voorschot-
ten en kantoorhoudende te 's Gravenhage,

krachtens mij door de Edelachtbare Heer President van de Arron-
dissementsRechtbank te 's Gravenhage mondeling verleende toe-
stemming,

GEDAGVAARD:

de rechtspersoon de Nederlandse Consumentenbond, gevestigd te
' s Gravenhage aldaar mijn exploit deende te haren kantore van het
Laghwaterplein 26, sprekend met en afschrift dezes latende aan;
Mej. M. Kok,

Om,

op maandag, de zestiende juli negentienhonderd drie en zeventig, om tien uur des voormiddags te verschijnen voor de Edelachtbare Heer President van de Arrondissements-Rechtbank te 's Gravenhage, alsdan rechtdoende in kort geding in het Gerechtsgebouw aan de Jan van Nassaustraaf 112, aldaar,

TENEINDE:

alsdan namens mijn requiranten als eiseressen tegen zich als gedaagde te horen eisen en concluderen dat:

1. aangezien eiseres sub 1 onder meer en eiseressen sub 2 en 3 uitsluitend het levensverzekeringsbedrijf uitoefenen, zulks binnen het verband van de eiseres sub 1;
2. aangezien gedaagde zich ten doel stelt de belangen van de consument te behartigen onder meer door onderzoek van en voorlichting over kwaliteiten en prijzen van goederen en diensten;
3. aangezien gedaagde, althans haar ondergeschikte Drs.P.Puister, handelende in de werkzaamheden waartoe hij door gedaagde werd gebruikt, in antwoord op door één harer leden aan haar gevraagde inlichtingen over een levensverzekering van één der eiseressen onder andere schreef d.d. 25 februari 1972: "Het door de agent genoemde bedrag van ruim F.13.000.- is het bedrag dat U zou krijgen indien de maatschappij een zeer behoorlijke winst maakt, Dit is echter lang niet zeker. Het bedrag dat U gegarandeerd wordt op Uw 65e jaar bedraagt slechts F.5000.-".
4. aangezien deze mededeling onjuist was, gelijk gedaagde en/of Drs.P.Puister wist, althans behoorde te weten;
5. aangezien immers bij een levensverzekering met spaardeel op basis van renteparticipatie- als de verzekering, waarover aan gedaagde inlichtingen werden gevraagd- eiseressen aan hun verzekeringen boven het verzekerde minimum kapitaal gegarandeerd ten goede laten komen de gemiddelde staatsfondsenrente gedurende de looptijd van de verzekering boven 3%, terwijl zij als beheerskosten over dit spaardeel ½ % in rekening brengen, zodat deze toekenning niet beïnvloed wordt door winst of verlies van de eiseressen;

6. aangezien gedaagde ten onrechte het verschil tussen een levensverzekering met winstdeling en een met rente-participatie over het hoofd heeft gezien;
7. aangezien gedaagde, althans Drs.P.Puister door het geven van voormelde inlichting heeft gehandeld in strijd met de hem in het maatschappelijk verkeer jegens eiseressen betamende zorgvuldigheid en derhalve onrechtmatig;
8. aangezien van gedaagde en haar voorlichtende ondergeschikten verwacht mag worden dat zij de juistheid van de gegevens, waarop een verstrekte inlichting of advies steunt, alvorens deze inlichting of dit advies te geven, zorgvuldig onderzoekt;
9. aangezien eiseressen onlangs ervaren hebben dat de voormelde brief van gedaagde door haar concurrenten in de mededinging tegen eiseressen wordt gebruikt;
10. aangezien eiseressen dan ook schade dreigen te lijden tengevolge van gedaagdes voormelde brief;
11. aangezien derhalve het belang van partijen een onverwijlde voorziening bij voorraad voordoet, daar deze zaak spoedeisend is;

MITSDIEN:

het de Edelachtbare Heer President van de Arrondissements-Rechtbank te 's Gravenhage behage bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad voorzover de wet zulks toelaat,

1. gedaagde te veroordelen binnen drie weken na het ten deze te wijzen vonnis in haar blad de Consumentengids een duidelijke publicatie op te nemen, waaruit blijkt dat gedaagde krachtens voormeld vonnis verklaart dat volgens de levensverzekeringen van de maatschappijen behorende tot het assuranceconcern Stad Rotterdam anno 1720 met een spaardeel op basis van het rente-participatie-systeem van dit concern over dit spaardeel boven het verzekerde minimum kapitaal aan de verzekerden gegarandeerd ten goed komt de gemiddelde staatsfondsenrente

boven 3%, terwijl het concern als beheerskosten over dit spaar-
deel $\frac{1}{2}\%$ in rekening brengt, zodat deze toekenning aan de ver-
zekerden niet beïnvloed wordt door winst of verlies van de
verzekeraar;

2. gedaagde te veroordelen aan de heer J.J.Heppener, Hoogeind
81 te Breda binnen voormalde termijn een brief te doen toe-
komen, waarin zij haar brief van 25 februari 1972 corrigeert
en uiteenzetting geeft als sub 1 wordt gevorderd;
3. Gedaagde te verbieden om over levensverzekeringen met een
rentespaardeel op basis van het rente-participatie-systeem
van de Stad Rotterdam anno 1720 onjuiste mededelingen te
doen, met name ten aanzien van de vraag of deze rente-parti-
cipatie afhankelijk zou zijn van het economisch resultaat
van de verzekeraar,

alles op straffe van verbaute van een dwangsom groot F 10.000.-
ten gunste van de eiseressen voor elke dag dat gedaagde in ge-
breke mocht blijven het ten deze te wijzen vonnis na te komen,
respectievelijk voor iedere overtreding van het bij deze te ge-
ven verbod,
en met veroordeling van gedaagde in de kosten van het geding.

Gedaagde heeft tegen de vorderingen bij conclusie van antwoord
verweer gevoerd, met conclusie tot weigering van de gevorderde
voorzieningen, kosten rechtens, op hetwelk Wij hieronder voor-
zoveel nodig zullen ingaan.

De zaak is ter terechtzitting ddo 16 juli 1973 mondeling toege-
licht, voor eiseressen door haar advocaat Mr van Marwin Kooy
voornoemd, voor gedaagde door zijn procureur Mr van Boeschoten
voornoemd, waarbij beide partijen bescheiden in het geding heb-
ben gebracht.

Eiseressen hebben ter terechtzitting haar eis mondeling vermeerderd in dier voege, dat in het petitum sub 1 regel achter "verzekerden" invoeging van het woord "jaarlijks" wordt gevraagd.

Gedaagde heeft verklaard zich niet tegen deze vermeerdering te verzetten.

Partijen hebben tenslotte onder overlegging van de stukken - waarvan de inhoud, voorzoveel niet in dit vonnis weergegeven, alhier ingelast moet worden beschouwd - vonnis verzocht.

TEN AANZIEN VAN HET RECHT OVERWEGENDE ALS VOLGT:

In de eerste plaats is het volgende komen vast te staan.

Gedaagde ontving einde januari 1972 een brief van zijn lid J.J.F. Heppener, gedateerd 26 januari 1972. Deze brief hield zakelijk in, dat Heppener kort geleden een levensverzekering had gesloten bij de Stad Rotterdam volgens tarief 21 met aandeel in de winst, dat het verzekerde bedrag F 5.000.- was, doch dat bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd namens de verzekeringsagent een bedrag van F. 13.000.- zou worden uitgekeerd. Heppener vroeg hieromtrent de mening van gedaagde.

Deze antwoordde daarop bij schrijven van 25 februari 1972, ondertekend door drs. P. Puister, waarvan de tweede alinea luidde:

"Het door de agent genoemde bedrag van F. 13.000.- is het bedrag dat u zou krijgen, indien de maatschappij een zeer behoorlijke winst maakt. Dit is echter lang niet zeker. Het bedrag dat u gegarandeerd wordt op uw 65-ste jaar bedraagt slechts F 5.000.-"

Deze brief was aan de onderzijde voorzien van de volgende clausule:

"Hoewel wij onze adviezen met grote zorgvuldigheid opstellen, kunnen wij hiervoor geen aansprakelijkheid aanvaarden. Het is niet toegestaan de inhoud van dit schrijven voor commerciële doeleinden te gebruiken".

Nadat de dagvaarding in de onderhavige zaak op 22 juni 1973 aan gedaagde was uitgebracht heeft deze er kennis van genomen, dat het hier inderdaad ging om, zoals in het vijfde "aangezien" der dagvaarding is gesteld, een levensverzekering met spaardeel op basis van renteparticipatie op de voorwaarden die in dat "aangezien" zijn vermeld.

Dit betekent, dat de uitkering, die de verzekerde zal ontvangen, niet afhankelijk is het exploitatieresultaat, dat de verzekeringsmaatschappij behaalt.

Naar aanleiding hiervan heeft gedaagde aan Heppener een brief verzonden, gedateerd 5 juli 1973 en ondertekend door Drs. J. Buister, waarvan door partijen een fotocopie is overgelegd. Overigens staat vast hetgeen in de "aangeziens" één tot en met drie der dagvaarding is gesteld.

Eiseressen hebben verwezen naar een als productie 5 overgelegd rapport van een inspecteur van eiseres sub 3 omtrent de feiten, die aanleiding gaven tot het schrijven van voormelde brief door Heppener en het gebruik, dat van voormelde brief van gedaagde ddo 25 februari 1972 is gemaakt.

De inhoud van dit rapport komt zakelijk voor zover van belang op het volgende neer.

Een inspecteur van een concurrerende verzekeringsmaatschappij had vernomen, dat zekere de Jong en diens echtgenote ieder een levensverzekering (kennelijk bij eiseres sub 3) hadden gesloten voor een bedrag van F.5.000.- volgens tarief 21 Rw. Deze inspecteur heeft toen door Heppener voormelde brief aan gedaagde laten schrijven. Heppener heeft de brief ddo 25 februari 1972 van gedaagde aan die inspecteur ter hand gesteld. Deze heeft een fotocopie van die brief laten maken en is daarmee naar de Jong gegaan (kennelijk met de bedoeling hem te bewegen de levensverzekeringen bij eiseres sub 3 te beëindigen en opnieuw bij zijn maatschappij te sluiten). Dit had echter geen succes want de verzekeringen lopen nog steeds (bij eiseres sub 3).

Dit is het enige gebruik van de brief van gedaagde ddo 25 februari 1972 dat eiseressen vermelden ter staving van het in het negende "aangezien" der dagvaarding gestelde. Omtrent voor eiseressen dreigende schade door het gebruik van die brief, zoals in het tiende "aangezien" is gesteld, hebben eiseressen geen feiten vermeld. Het rapport vermeldt slechts zoals uit het voorgaande blijkt, dat een inspecteur van een concurrerende maatschappij getracht heeft misbruik van die brief te maken, doch zonder resultaat.

Gedaagde heeft dit rapport niet uitdrukkelijk als waar erkend doch het anderzijds ook niet tegengesproken, zodat Wij er van zullen uitgaan, dat de inhoud van het rapport op waarheid berust.

Vast staat voorts nog als door gedaagde onweersproken gesteld, dat de polis van de levensverzekering, waarover Heppener in zijn brief om inlichtingen vroeg, niet aan gedaagde inzage is gezonden, zodat gedaagde bij de beantwoording van die brief niet van de bepalingen van die polis op de hoogte was. Tevens staat als door gedaagde onweersproken gesteld vast, dat zijn ledenservice in 1972 10.851 brieven met verzoeken om inlichtingen ontving en beantwoordde.

Gelet op de in de voorgaande alinea vermelde omstandigheden en op het feit, dat in de brief van Heppener inlichtingen worden gevraagd over een levensverzekeringspolis met aandeel in de winst, zijn Wij vooreerst van oordeel dat gedaagde niet onzorgvuldig heeft gehandeld door in de 2de alinea van haar antwoordbrief van 25 februari 1972 te schrijven zoals hierboven is vermeld. Bedacht moet immers worden dat gedaagde gezien het grote aantal brieven om inlichtingen die hij ontving, kon volstaan met een enigszins summier antwoord. Dit gold te meer nu bij een verzekering met aandeel in de winst, zoals verschillende maatschappijen kennen, dit aandeel inderdaad afhankelijk is van de exploitatieuitkomsten van de maatschappij. Daar komt nog bij

dat deze brief gelet op de aan de onderzijde daarvan voorkomen-
de clause geenszins bestemd was om gebruikt te worden voor
commerciële doeleinden en gedaagde derhalve niet behoefde te ver-
wachten dat deze brief zou worden gebruikt op de wijze als door
eisseressen is gesteld.

Ook is zoals hierboven reeds is vermeld, voorshands niet geble-
ken dat eiseressen schade dreigen te lijden ten gevolge van die
brief.

Wij zijn dan ook van oordeel dat de gevraagde voorzieningen
moeten worden geweigerd. Bovendien heeft gedaagde Onzes inziens
correct gehandeld door, nadat haar was gebleken dat het hier
niet ging om een levensverzekering met winstdeling doch met
renteparticipatie, aan Heppener de voormelde brief van 5 juli
1973 te zenden.

RECHTDOENDE:

Weigeren de gevraagde voorzieningen.

IV. Statuten van het onderzoek- en informatiecentrum van de verbruikersorganisaties.

I. Aard - benaming - zetel

Art. 1.- De instelling van openbaar nut, gesticht door de vertegenwoordigers van de Verbruikersorganisaties opgesomd in art.21, wordt genoemd:

"Onderzoek- en Informatiecentrum van de Verbruikersorganisaties".

In het Frans:

"Centre de Recherche et d'Information des Organisations de Consommateurs".

In onderhavige statuten zal zij aangeduid worden, als "Het Centrum".

Art. 2.- De zetel van het Centrum is gevestigd te BRUSSEL, met dien verstande dat deze term al de gemeenten van de Brusselse agglomeratie omvat.

II. DOEL

Art. 3.- Het Centrum heeft tot doel de verbruikersorganisaties een technische hulp te verlenen, de verbruikersfunctie te valoriseren en de verdediging van de verbruikers te bevorderen. Het is niet de politieke uitdrukking van de verbruikers.

Art. 4.-

al.1. Binnen het kader van zijn opdracht, bepaald in art.3, zal het Centrum de volgende taken op zich nemen:

- Dokumentatie;
- Informatie;
- Opvoeding;
- Studies en opzoekingen, oa. van economische, sociologische, juridische en technische aard.

- al.2. Het mag alle natuurlijke- of rechtspersonen belasten met elke opdracht die het verwezenlijken van deze doeleinden ten bate komt.
- al.3. Het mag slechts taken op zich nemen die geen nadeel berokkenen aan de activiteiten van een om het even welke organisatie die in de Raad van Beheer, voorzien in art.5, vertegenwoordigd is. Van hun kant, moeten deze organisaties er zich toe verbinden niets openbaar te maken dat schade zou kunnen berokkenen aan de taken van het Centrum.

III. ADMINISTRATIE

- Art. 5.- Het Centrum wordt beheerd door een Raad van Beheer die samengesteld is uit leden, voorgedragen door de in art. 21 vermelde verbruikersorganisaties en benoemd door de Raad van Beheer.
- De Raad wordt voor de eerste maal, samengesteld uit de personen die aangeduid zijn in art. 21.
- Andere leden die voorgedragen worden door andere verbruikersorganisaties van deze opgesomd in art.21, kunnen aangeduid worden door koöptatie, volgens de stemmingsprocedure vastgesteld in art.13.
- Art. 6.- Onder voorbehoud van wat vermeld is volgend lid, telt de Raad van Beheer evenveel leden per organisatie, als er leden per organisatie aangeduid zijn in art.21. Het aantal gekoöpteerde leden mag niet hoger zijn dan twee per organisatie.
- Art. 7.- De leden van de Raad van Beheer worden met hun functies bekleed voor een duur van drie jaar, op zodanige wijze dat jaarlijks een derde van de raadsleden aftredend is.
- Voor de eerste twee jaren zullen de beheerders, wiens functie verstrijkt, door loting aangeduid worden.

Er zal over gewaakt worden dat hetzelfde jaargeen twee beheerders aftreden die eenzelfde organisatie vertegenwoordigen.

Elke vakature wordt door de zorgen van de in functie gebleven leden aangevuld, met inachtneming van de voorschriften van art.6 en binnen een termijn van 30 dagen vanaf de datum van de indiening van de kandidaturen.

De mandaten van de beheerders zijn vernieuwbaar.

Art. 8.- De functie van beheerder zal een einde nemen door overlijden, ontslagneming, burgerlijke onbekwaamheid, verstrijken van de termijn van het mandaat of op beslissing van de organisatie die hem voorgedragen had.

Art. 9.- De Raad van Beheer vertegenwoordigt het Centrum. Hij bezit de meest uitgebreide bevoegdheden om alle daden van beheer en van beschikking te stellen welke het Centrum aanbelangen. De gedingen, als eiser zowel als verweerder, worden in naam van het Centrum gevoerd door zijn Raad van Beheer, op vervolging en benaerstiging van de Voorzitter of van een lid van de direktie, hiertoe door de Raad afgevaardigd.

Art.10.- De Raad van Beheer duidt in zijn schoot een Voorzitter en twee Ondervoorzitters aan.

Hij mag ook, onder zijn leden, een Bureau samenstellen, waaraan hij slechts de bevoegdheden overdraagt wier doel en omvang hij bepaalt.

Hij mag tevens bevoegdheden, waarvan hij het doel en de omvang bepaalt, overdragen aan een beheerder of aan een lid van de direktie.

De Voorzitter en de Ondervoorzitter worden verkozen voor een termijn van drie jaar.

Hun mandaat is vernieuwbaar. Zij zijn steeds afzetbaar.

Art.11.- De Raad van Beheer komt ten minste eenmaal per kwartaal bijeen.

Hij wordt samengeroepen door zijn Voorzitter of bij zijn afwezigheid door een van de Ondervoorzitters, telkens als het belang of het beheer van het Centrum zulks vereist.

De oproeping die schriftelijk dient te geschieden, zal de agenda vermelden en de kwesties bevatten die door een van de beheerders aan de orde gesteld worden.

De Raad wordt verplichtend samengeroepen indien leden die ten minste twee verbruikersorganisaties vertegenwoordigen, er schriftelijk om verzoeken. In dat geval zal de vergadering plaats hebben binnen een termijn van 30 dagen met ingang van het indienen van het verzoek.

Art.12.- De Raad van Beheer kan slechts geldig beraadslagen indien de meerderheid van de leden aanwezig of vertegenwoordigd is. Wanneer de Raad niet het vereiste aantal leden telt om geldig te beraadslagen, zal de beraadslaging uitgesteld worden tot een volgende vergadering. Tijdens deze speciaal per brief bijeengeroepen vergadering zal de Raad geldig kunnen beraadslagen over de punten die vermeld stonden op de agenda van de vergadering, waarvan sprake in vorig lid, wat ook het aantal van de aanwezige of vertegenwoordigde leden weze. Elk lid kan zich laten vertegenwoordigen door een ander lid van de Raad; een lid zal nochtans niet meer dan twee volmachten mogen dragen.

Art.13.- De beslissingen van de Raad worden genomen bij meerderheid van stemmen van de aanwezige of vertegenwoordigde leden. Er is een 2/3-meerderheid van de aanwezige of vertegenwoordigde leden vereist voor het nemen van de volgende beslissingen:

- koöptatie van nieuwe leden;
- verkiezing van de Voorzitter, de Ondervoorzitters en de leden van het eventueel Bureau;
- aanstelling van de hoofdverantwoordelijke(n) van de direktie.

En dit, onverminderd de hiernavolgende bepalingen, voorzien in artikel 18.

IV. DE BETREKKINGEN MET HET OPENBAAR GEZAG

Art. 14.— De betrekkingen met het Openbaar Gezag zullen geregeld worden door het afsluiten van een overeenkomst met de Minister van Economische Zaken.

V. BEGROTING EN REKENINGEN

Art. 15.— De Raad van Beheer stelt elk jaar zijn begroting op alsook de rekeningen van het afgelopen dienstjaar. Hij brengt elk jaar aan de Koning verslag uit over de werkzaamheden en de financiële toestand van het Centrum; de rekeningen en de begroting worden bij dit verslag gevoegd.

VI. HANDTEKENINGEN

Art. 16.— Alle akten die het Centrum verbinden, met uitzondering van deze betreffende het dagelijks bestuur, moeten ondertekend worden, hetzij door twee beheerders die, ten overstaan van derden, geen voorafgaande beraadslaging van de Raad van Beheer zullen moeten verantwoorden, hetzij door een persoon die hiertoe door de Raad van Beheer, tijdens een speciale beraadslaging, afgevaardigd wordt.

Art. 17.— De gewone briefwisseling en de akten van dagelijks bestuur worden ondertekend door de persoon of de personen die met dat doel door de Raad van Beheer werden aangewezen.

VII. WIJZIGING VAN DE STATUTEN EN VAN HET HUISHOUDELIJK REGLEMENT

Art.18.- Alle wijzigingen van de statuten moeten aan de goedkeuring van de Koning worden onderworpen.

Zij zullen voorgesteld worden door de Raad, die uitspraak doet onder de volgende voorwaarden :

Elk voorstel tot wijziging aan de statuten moet vermeld worden op de agenda van een bijzondere vergadering van de Raad en in het bezit van de leden zijn veertien dagen vóór de vergadering.

Deze laatste kan er slechts geldig over beraadslagen indien drie vierden van zijn leden op de vergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn, zoniet zal een tweede vergadering binnen de veertien dagen bijeengeroepen worden die zal plaats hebben binnen een termijn van 30 dagen. Deze nieuwe bijzondere vergadering zal kunnen beraadslagen, wat ook het aantal van de aanwezige of vertegenwoordigde leden weze.

In beide gevallen zal een wijziging van de statuten slechts door de Raad kunnen goedgekeurd worden indien ze 4/5 van de stemmen der aanwezige of vertegenwoordigde leden bekomt en voorzover het aantal van deze stemmen niet lager ligt dan de meerderheid van de leden in functie.

Onder voorbehoud van de goedkeuring door de Koning, zal de aanvankelijke tekst van het huishoudelijk reglement en de wijzigingen die eraan zullen gebracht worden, dezelfde procedure volgen.

VIII. DIVERSE BEPALINGEN

Art.19.- In geval van ontbinding van het Centrum, zal het netto-actief, roerende en onroerende goederen, overgedragen worden aan een of meer instellingen die een gelijkaardig doel nastreven als dat van het Centrum.

Art.20.-- Alles wat in onderhavige statuten niet is voorzien, zal worden geregeld, overeenkomstig de bepalingen van de wet van zeven en twintig juni negentienhonderd een en twintig, op grond waarvan de rechtspersoonlijkheid wordt verleend aan de verenigingen zonder winstoogmerken en aan de instellingen van openbaar nut.

Art.21.-- Worden voor de eerste keer beheerders van het Centrum benoemd:

1° Op voorstel van V.I.V.E.C.:

de Heer RICHELY Paul,

de heer BORGERS Jean

2° Op voorstel van de verbruikersunie:

de heer CASTELAIN Gilbert,

de heer COUNYE Roland-Jacques

3° Op voorstel van de Socialistische Vooruitziende Vrouwen:

Mevr. DELEPIERRE Lisette

Mevr. PÉTRY Irène

4° Op voorstel van de Kristelijke Arbeidersvrouwen gilden (K.A.V.):

Mevr. BOSMANS Léa, M.R.L.

5° Op voorstel van Vie-Féminine:

Mevr. NOEL-WAROQUIER Elisabeth, S.M.J.G.

6° Op voorstel van "Ligue des Familles":

de heer GILLIES Joseph

7° Op voorstel van de Bond van Grote en van Jonge Gezinnen:

Mevr. DE CLERCK-van den NIEUWENHUYZEN, Maria-Anna-Theresia-Henriette

8° Op voorstel van de Kooperatieve Vrouwenbeweging:

Mevr. LAMBERT Mathé

Mevr. MATHIEU Henriette

- 9° Op voorstel van de Federatie der Belgische Coöperatieven:
de Heer JANSSENS William
de heer RAMAEKERS Roger
- 10° Op voorstel van het Landelijk Verbond der Christelijke Coöperatieven:
de heer DEVOGEL André
de heer STEVENS Eric
- 11° Op voorstel van de Vereniging der Coöperatieven Aroteken van België (OPHACO):
de heer BECQUEVORT Marcel
- 12° Op voorstel van het Algemeen Belgisch Vakverbond:
de heer CORNEROTTE André
Mevr. HOORNAERT Marina
- 13° Op voorstel van het Algemeen Christelijk Vakverbond:
de heer BRULEZ Piet
de heer DE GRAVE Michel
- 14° Op voorstel van de algemene Centrale der Liberale Vakverbond van België:
de heer POTTIE Frans-Jozef
de heer STROEBE Walter-Jozef

V. Lijst der aangehaalde wetsartikelen.

A. België.

1. Grondwet (Gw.)
2. Burgerlijk Wetboek (B.W.)
3. Wetboek van Strafrecht (Sw.)
4. Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.)
5. Wetboek tot bescherming tegen het misbruik van economische machtspositie.
6. Wet betreffende de geneesmiddelen.
- 6bis. K.B. 11 mei 1973 houdende vaststelling van de voorwaarden van erkenning van organisaties die voorzien in de medisch-farmaceutische voorlichting.
7. Wet betreffende de handelspraktijken (WHP)
8. Wet betreffende de instituten van radio en televisie.
9. Eenvormige Benelux-Merkenwet (BMW)
10. Wet betreffende het recht tot antwoord.
11. Wet betreffende het auteursrecht.

B. West-Duitsland.

1. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)
2. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
3. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG)
4. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
5. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
6. Strafgesetzbuch (StGB)
7. Warenzeichengesetz (WZG)
8. Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz.
9. Heilmittelwerbungsgesetz.

C. Nederland.

1. Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden (Gw.)
2. Burgerlijk Wetboek (B.W.)
3. Wetboek van Strafrecht (Sw.)
4. Ontwerp van een nieuw Burgerlijk Wetboek.
5. Wet Economische Mededinging.

6. Omroepwet.

7. Wet betreffende de Geneesmiddelenvoorziening.

8. Warenwet.

9. Auteurswet.

oooooooooooooooooooo

A. BELGIE.

1. GRONDWET

Art. 6. Er is in de Staat geen onderscheid van standen.

De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.

Art. 7. De vrijheid van de persoon is gewaarborgd.

Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.

Niemand kan derhalve bij ontdekking op heter daad, worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren.

Art. 10. De woning is onschendbaar: geen huiszoeking kan plaats hebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.

Art. 14. De vrijheid van eredienst, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd.

Art. 18. De drukpers is vrij; de censuur kan nooit worden ingevoerd; geen borgstelling kan worden geeist van de schrijvers, uitgevers of drukkers.

Wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, kan de uitgever, de drukker of de verspreider niet worden vervolgd.

2. BURGERLIJK WETBOEK

1382. Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.

1382. Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of door zijn onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt.

1384. Men is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke veroorzaakt wordt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft.

De vader, en de moeder na het overlijden van de man, zijn aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen die bij hen inwonen;

De meesters en zij die anderen aanstellen, voor de schade door hun dienstboden en aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben;

De onderwijzers en de ambachtslieden, voor de schade door hun leerlingen en leerjongens veroorzaakt gedurende de tijd dat deze onder hun toezicht staan.

De hierboven geregelde aansprakelijkheid houdt op, indien de ouders, onderwijzers en ambachtslieden bewijzen dat zij de daad welke tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten.

1596. Bij een openbare verkoping mogen, op straffe van nietigheid, noch door henzelf noch door tussenpersonen, kopers worden: Voogden, wat betreft de goederen van hen over wie zij de voogdij hebben;

Lasthebbers, wat betreft de goederen met de verkoop waarvan zij belast zijn;

Bestuurders, wat betreft de goederen van de gemeenten of van de openbare ⁱⁿ stellingen, die aan hun zorg zijn toevertrouwd;

Openbare ambtenaren, wat betreft de goederen van de Staat, waarvan de verkoop door hun tussenkomst geschiedt.

3. WETBOEK VAN STRAFRECHT

299. Hij die wetens meehelpt tot het uitgeven of verspreiden van enigerlei drukwerk, zonder dat daarin de ware naam en woonplaats van de schrijver of van de drukker zijn vermeld, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot twee maanden en met geldboete van zesentwintig frank tot tweehonderd frank of met een van die straffen alleen.

De gevangenisstraf kan echter niet worden uitgesproken, wanneer het drukwerk dat zonder de vereiste vermeldingen is uitgegeven, deel uitmaakt van een uitgave waarvan de herkomst bekend is door hetgeen daarvan vroeger verschenen is.

303. Met gevangenisstraf van acht dagen tot een maand en met geldboete van zesentwintig frank tot duizend frank of met een van die straffen alleen worden gestraft: Zij die briefjes van niet wettelijk toegelaten loterijen plaatsen, venten of verspreiden; Zij die door berichten, aankondigingen, aanplakbiljetten of door enig ander publiciteitsmiddel het bestaan van die loterijen doen kennen of de uitgifte van de loterijbriefjes bevorderen.

In alle gevallen worden de briefjes, alsook de berichten, aankondigingen of aanplakbiljetten, in beslag genomen en vernietigd.

311. Zij die door enig bedrieglijk middel de stijging of daling van de prijs van eetwaren of koopwaren of van openbare effecten en papieren bewerken, worden gestraft met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en met geldboete van driehonderd frank tot tienduizend frank.

383. Hij die liederen, vlugschriften of andere geschriften, al dan niet gedrukt, afbeeldingen of prenten, die strijdig zijn met de goede zeden, tentoonstelt, verkoopt of verspreidt, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van zesentwintig frank tot vijfhonderd frank.

Met dezelfde straffen worden gestraft hij die schunnigheden zingt, leest, voordraagt, ten gehore brengt of uit, in de openbare bijeenkomsten of plaatsen bedoeld in artikel 444, tweede lid.

Met dezelfde straffen wordt gestraft:

Hij die, met het oog op de handel of de verspreiding, liederen, vlugschriften, geschriften, afbeeldingen of prenten, die strijdig zijn met de goede zeden, vervaardigt, in voorraad heeft, invoert of doet invoeren, vervoert of doet vervoeren, aan een vervoer- of een distributieagent overhandigt, door enig publiciteitsmiddel bekendmaakt;

Hij die zinnebeelden of voorwerpen, die strijdig zijn met de goede zeden, tentoonstelt, verkoopt of verspreidt, ze met het oog op de handel of de verspreiding vervaardigt of in voorraad heeft, invoert of doet invoeren, vervoert of doet vervoeren, aan een vervoer- of een distributieagent overhandigt, door enig publiciteitsmiddel bekendmaakt;

Hij die, hetzij door het tentoonstellen, verkopen of verspreiden van geschriften, al dan niet gedrukt, hetzij door enig ander publiciteitsmiddel, het gebruik van enig middel om vruchtafdrijving te veroorzaken aanprijst, aanwijzigingen verstrekt omtrent de wijze waarop het wordt aangeschaft of gebruikt, of personen die het toepassen, doet kennen met het doel hen aan te bevelen;

Hij die artsenijen of tuigen, speciaal bestemd om vruchtafdrijving te veroorzaken of als zodanig voorgesteld, tentoonstelt, verkoopt, verspreidt, vervaardigt of doet vervaardigen, doet invoeren, doet vervoeren, aan een vervoer- of een distributieagent overhandigt, door enig publiciteitsmiddel bekendmaakt;

Hij die voorwerpen, speciaal bestemd om zwangerschap te voorkomen, tentoonstelt of verspreidt ofwel reclame maakt om de verkoop daarvan te bevorderen;

Hij die uit winstbejag de voldoening van eens anders driften bevordert door het tentoonstellen, verkopen of verspreiden van

geschriften, al dan niet gedrukt, welke enig middel tot voorkoming van zwangerschap bekendmaken, het gebruik daarvan aanprijzen of aanwijzigingen verstrekken omtrent de wijze waarop het middel wordt aangeschaft of gebruikt;

Hij die, met het oog op de handel of de verspreiding, de in het vorige lid bedoelde geschriften vervaardigt, doet vervaardigen, doet invoeren, doet vervoeren, aan een vervoer- of een distributieagent overhandigt, door enig publiciteitsmiddel bekendmaakt.

439. Met gevangenisstraf van vijftien dagen tot twee jaar en met geldboete van zesentwintig frank tot driehonderd frank wordt gestraft hij die, zonder een bevel van de overheid en buiten de gevallen waarin de wet toelaat in de woning van bijzondere personen tegen hun wil binnen te treden, in een door een ander bewoond huis, appartement, kamer of verblijf, of in de aanhorigheden ervan binnendringt, hetzij met behulp van bedreiging of geweld tegen personen, hetzij door middel van braak, inklimming of valse sleutels.

443. Hij die in de hierna aangeduide gevallen aan een persoon kwaadwillig een bepaald feit ten laste legt, dat zijn eer kan krenken of hem aan de openbare verachting kan blootstellen, en waarvan het wettelijk bewijs niet wordt geleverd, is schuldig aan laster, wanneer de wet het bewijs van het ten laste gelegde feit toelaat, en aan eerroof, wanneer de wet dat bewijs niet toelaat.

Wanneer het ten laste gelegde feit bestaat dat gedurende vijandelikheden is geheuld met de vijand, hetzij door hem te helpen door het verschaffen van soldaten, manschappen, geld, levensmiddelen, wapens, munitie of materialen, hetzij door hem het betreden van het grondgebied, het zich handhaven of het verblijven aldaar door enig middel mogelijk of gemakkelijk te maken, zonder daartoe gedwongen of gevorderd te zijn, is het bewijs daarvan altijd ontvankelijk en kan het door alle middelen geleverd worden.

Wordt een genoegzaam bewijs geleverd, dan geeft de tenlaste legging geen aanleiding tot enige strafvervolgning.

4. GERECHTELIJK WETBOEK

Art. 17. De rechtsvordering kan niet worden toegelaten, indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen.

Art. 18. Het belang moet een reeds verkregen en dadelijk belang zijn.

De rechtsvordering kan worden toegelaten indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.

Art. 584. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg doet, in gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank en de voorzitter van de rechtbank van koophandel kunnen bij voorraad uitspraak doen in gevallen die zij spoedeisend achten, in aangelegenheden die tot de respectieve bevoegdheid van die rechtbanken behoren.

De zaak wordt vóór de voorzitter aanhangig gemaakt in kort geding of, in geval van volstrekte noodzakelijkheid, bij verzoekschrift. De voorzitter kan onder meer:

1° sekwesters aanstellen;

2° om het even welke vaststellingen of deskundige onderzoeken bevelen, zelfs met raming van de schade en opsporing van de oorzaken ervan;

3° alle nodige maatregelen bevelen tot vrijwaring van de rechten van hen die de nodige voorzieningen niet kunnen treffen, met inbegrip van de verkoop van roerende goederen die heerloos of verlaten zijn;

4° bevelen dat een of meer getuigen worden gehoord wanneer een partij van een kennelijk belang doet blijken, zelfs met het oog

op een toekomstig geschil, indien vaststaat dat het bij enige vertraging van dat verhoor te vrezen is dat het getuigenis niet meer zal kunnen worden afgenomen.

Art. 588. De voorzitter van de rechtbank van koophandel doet op verzoekschrift uitspraak:

- 1° op de vorderingen tot aanwijzing van scheidsrechters, deskundigen, vereffenaars of sekwesters, wanneer de overeenkomst onder partijen of de wet hem die aanwijzing opdraagt;
- 2° op de vorderingen ingesteld krachtens de artikelen 5 en 6 van de wet van 18 april 1927 betreffende de bescherming van de benaming van oorsprong van wijn en brandewijn;
- 3° op de vorderingen ingesteld krachtens de artikelen 11, § 3, 12, § 4 en 24, § 1 van de wet van 18 november 1862, houdende invoering van het stelsel der warrants;
- 4° op de vordering ingesteld krachtens artikel 4 van de wet van 5 mei 1872 op het handelspandrecht;
- 5° op de vordering ingesteld krachtens artikel 6 van de wet van 25 augustus 1899, houdende herziening van de titel van het Wetboek van koophandel op het vervoercontract;
- 6° op de vordering ingesteld op grond van artikel 19 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van de handelszaak, het disconto en het in pand geven van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreekse voor het verbruik gedane leveringen;
- 7° op de vordering ingesteld krachtens artikel 5, 10 en 12 van de wet van 24 juli 1921 betreffende het onopzettelijk verlies van het bezit van effecten aan toonder;
- 8° op de vordering ingesteld krachtens artikel 58 van de wet van 5 mei 1936 op de rivierbevrachting;

9° Op de vorderingen ingesteld op grond van artikel 53 van boek II van het Wetboek van koophandel, betreffende de zeevaart en de binnenvaart, strekkend tot aanwijzing van een rechter-commissaris en een vereffenaar van het afgestane scheepsvermogen;

10° op de vorderingen tot aanwijzing van een bedrijfsrevisor, voorafgaand aan de oprichting van een naamloze vennootschap;

11° op de vorderingen tot aanwijzing van een deskundige die ermede belast is de commissarissen van een naamloze vennootschap bij te staan bij het nazien van de boeken en de rekeningen van de vennootschap.

12° op de vordering ingesteld op grond van artikel 73 van de wet betreffende de handelspraktijken.

Alleen de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen is bevoegd in het geval van 9°.

Art. 589. De voorzitter van de rechtbank van koophandel doet uitspraak over de vorderingen voorzien bij artikel 55 van de wet betreffende de handelspraktijken, overeenkomstig de wijze bepaald in de artikelen 57 tot 59 van die wet.

Art. 1039. De beschikkingen in kort geding brengen geen nadeel toe aan de zaak zelf; zij zijn uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande verzet of hoger beroep en, zonder borgtocht indien de rechter niet heeft bevolen dat er een wordt gesteld.

De termijn voor verzet of voor hoger beroep is acht dagen. Hij loopt vanaf de betekening van de beschikking of van het arrest. Indien de partij die verstek laat gaan verzet doet tegen de beschikking, kan haar hoger beroep tegen de beschikking bij verstek, niet worden toegelaten.

Ten aanzien van de personen die in België geen woon- of verblijfplaats of geen gekozen woonplaats hebben, worden de termijnen gesteld in onderhavig artikel, verlengd overeenkomstig artikel 55, onverminderd de toepassing van artikel 708 indien daartoe grond bestaat.

5. WET TOT BESCHERMING TEGEN HET MISBRUIK VAN ECONOMISCHE
MACHTSPOSITIE

Art. 1. Deze wet verstaat onder economische machtspositie, de positie waarin een afzonderlijk handelende natuurlijke of rechtspersoon of een in gemeen overleg handelende groep dezer personen de macht bezit om op het grondgebied van het Koninkrijk, door nijverheids-, handels-, landbouw- of financiële verrichtingen een overwegende invloed op de bevoorrading van de goederen- of kapitaalmarkt, op de prijs of de hoedanigheid van een bepaalde waar of dienst uit te oefenen.

Art. 2. Er is misbruik in de zin van deze wet, wanneer een of meer personen die een economische machtspositie bekleden, op het algemeen belang inbreuk maken door praktijken welke de normale werking der mededinging vervalsen of beperken, of een hinderpaal vormen hetzij voor de economische vrijheid der voortbrengers, of verbruikers, hetzij voor de ontwikkeling van productie of ruilverkeer.

6. WET BETREFFENDE DE GENEESMIDDELEN

Art. 9. § 1. In het belang van de volksgezondheid kan de Koning regelen stellen op reclame voor geneesmiddelen.

Hij kan elke vorm van reclame verbieden die het publiek zou kunnen misleiden of het tendentieux of onvolledig zou kunnen voorlichten omtrent de preventieve of curatieve eigenschappen van een geneesmiddel.

§ 2. Elke reclame betreffende een geneesmiddel, waarop ingevolge de toepassing van de artikelen 7 en 8, schorsing of verbod is gesteld, is verboden.

§ 3. De Koning kan elke reclame verbieden voor geneesmiddelen tegen tuberculose, poliomyelitis, kanker, diabetes of elke andere zware ziekte of kwaal die Hij op eensluidend advies van de Hoge Gezondheidsraad bepaalt.

§ 4. Hij kan eveneens elke reclame verbieden voor geneesmiddelen, bestemd voor de diergeneeskunde, waaraan een preventieve of curatieve eigenschap wordt toegeschreven ten aanzien van een der dierenziekten door de Koning als besmettelijk aangemerkt krachtens artikel 319 van het Strafwetboek of krachtens de wet van 30 december 1882 op de veeartsenijkundige politiek en de schadelijke insekten.

Art. 10. Het is verboden, rechtstreeks of onrechtstreeks, premies of voordelen, van welke aard ook, aan te bieden of te verlenen ter gelegenheid van de levering van geneesmiddelen.

Het is eveneens verboden om die premies of voordelen te verzoeken of ze te aanvaarden.

Art. 11. De Koning kan de technische voorlichting reglementeren die bestemd is voor de personen die een der takken van de geneeskunde beoefenen of die researchwerk betreffende geneesmiddelen verrichten; hetzelfde geldt voor de voorlichting van het publiek, met name door middel van de bij een geneesmiddel gevoegde of op de verpakking voorkomende toelichtingen.

Art. 12. De Koning kan bepalen binnen welke perken en onder welke voorwaarden geneesmiddelen in de vorm van monsters overhandigd mogen worden.

Art. 13. De Koning kan, in de mate waarin dat met de vrijwaring van de volksgezondheid verenigbaar is, aan de apothekers alsmede aan de andere personen die gerechtigd zijn geneesmiddelen af te leveren, faciliteiten verlenen voor het nakomen van de op hen rustende verplichting, de kwaliteit en de conformiteit van de door hen afgeleverde geneesmiddelen te waarborgen.

6. KONINKLIJK BESLUIT HOUDENDE VASTSTELLING VAN DE VOORWAARDEN VAN ERKENNING VAN ORGANISATIES DIE VOORZIEN IN DE MEDISCH-FARMACEUTISCHE VOORLICHTING. (dd. 11 mei 1973, Staatsbl., 25 sept. 1973).

Artikel 1. Organisaties, als bedoeld in artikel 5 van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen moeten, ten einde erkend te worden, aan de hiernavolgende voorwaarden voldoen:

- 1° rechtspersoonlijkheid bezitten;
- 2° een uitsluitend wetenschappelijk karakter hebben en enkel betrekking hebben op de medisch-farmaceutische voorlichting betreffende geneesmiddelen;
- 3° ten minste één hoogleraar uit elke faculteit voor geneeskunde, voor geneeskunde en farmacie en voor farmaceutische wetenschappen van de universiteiten van het land, onder hun leden tellen welke daadwerkelijk tot de voorlichting bijdragen;
- 4° de verbintenis aangaan de medisch-farmaceutische voorlichting welke zij uit werken te bezorgen aan elke in België wonende persoon die de geneeskunde, de artsennijbereidkunde of de tandheelkunde uitoefent;
- 5° de toekenning en het bedrag van presentiegelden evenals van vergoedingen voor reiskosten en verblijfkosten aan de goedkeuring van de Minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort onderwerpen.

Art. 2. De leden van de organisatie mogen noch rechtstreeks noch onrechtstreeks belangen hebben in een bedrijf dat zich inlaat met de industriële fabricage of bereiding, de invoer, de uitvoer, de handel in of de distributie in het groot en de handelspromotie van geneesmiddelen.

Art. 3. De aanvraag om erkenning wordt bij ter post aangetekend schrijven aan de Minister die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, gericht, met in bijlage de stukken en documen-

ten waaruit blijkt dat wordt voldaan aan de in de artikelen 1 en 2 van dit besluit gestelde voorwaarden.

Art. 4. De medisch-farmaceutische voorlichting wordt gepubliceerd in het Nederlands en in het Frans.

Zij heeft hoofdzakelijk tot voorwerp de formules, chemische benamingen, synoniemen, gedeponeerde merken, fysico-chemische eigenschappen, farmacologische eigenschappen, nevenwerkingen en toxische uitwerkselen, alsmede de bepalingen nopens het voorschrijven, de aflevering en de therapeutische toepassing van de geneesmiddelen.

Deze voorlichting heeft bij voorrang betrekking op de nieuwe geneesmiddelen, nieuwe toepassingen van gekende geneesmiddelen alsmede de nieuwe therapiën.

Art. 5. De erkende organisatie maakt elk kalenderjaar een verslag op over haar wetenschappelijke activiteiten alsmede een staat van de daarmede verbonden inkomsten en uitgaven. Dit verslag en die staat worden vóór 15 maart van het volgend jaar aan de Minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort, toegezonden.

Art. 6. De erkende organisatie mag slechts van de openbare machten alsmede van de Orde der geneesheren en der apothekers of van de beroepsverenigingen, subsidies aanvaarden.

Art. 7. Onze Minister van Volksgezondheid en Leefmilieu zijn belast met de uitvoering van dit besluit.

7. WET BETREFFENDE DE HANDELSPRAKTIJKEN

Art. 2. § 1. Behoudens bij openbare verkopeningen, moet iedere handelaar of ambachtsman, alsmede iedere persoon die, in het raam van een beroepswerkzaamheid, de verbruiker produkten te koop aanbiedt, de prijs daarvan ondubbelzinnig en schriftelijk aanduiden.

Voor de uitgestalde produkten moet de prijs bovendien goed zichtbaar zijn aangeduid.

§ 2. Iedere handelaar of ambachtsman die aan het publiek diensten aanbiedt, moet het tarief daarvan schriftelijk, goed zichtbaar en ondubbelzinnig aanduiden.

§ 3. Indien in de aangeduide prijs het bedrag van een taks of de prijs van een dienst, insgelijks te betalen door de verbruiker, niet is begrepen, moet hiervan op dezelfde wijze als van die prijs melding gemaakt worden hetzij door afzonderlijk het bedrag van de taks of de prijs van de dienst aan te duiden, hetzij door de aanduiding van het percentage ervan.

Art. 13. Voor de toepassing van deze wet dient onder benaming van oorsprong verstaan de geografische benaming van een land, een streek of een plaats dienende om een produkt aan te wijzen dat er herkomstig van is en waarvan de kwaliteit en de eigenschappen uitsluitend of wezenlijk het gevolg zijn van het geografische milieu dat natuurlijke en menselijke factoren bevat.

Art. 19. Voor de toepassing van deze wet wordt onder handelspubliciteit beschouwd elke informatie die wordt verspreid met de rechtstreekse of onrechtstreekse bedoeling de verkoop van een produkt of een dienst bij het publiek te bevorderen, ongeacht de plaats of het gebruikte communicatiemedium.

Art. 20. Is verboden elke handelspubliciteit:

1° die gegevens bevat waardoor het publiek misleid zou kunnen worden aangaande de identiteit, de aard, de samenstelling, de oorsprong, de kwantiteiten of de kenmerken van een produkt; onder kenmerken dienen te worden verstaan de voordelen van een produkt, inzonderheid uit het oogpunt van eigenschappen, van gebruiksmogelijkheden, van de voorwaarden waaronder het kan worden gekocht, en van de diensten die met de aankoop gepaard gaan;

2° die vergelijkingen inhoudt, die bedrieglijk of afbrekend zijn of die het zonder noodzaak mogelijk maken een of meer andere handelaars te identificeren;

3° die gegevens bevat waardoor verwarring kan ontstaan met een andere handelaar of ambachtsman, zijn produkten of zijn werkzaamheid;

4° die een daad in de hand werkt, welke luidens artikel 55 van deze wet moet worden beschouwd als een tekortkoming aan de daarin aangeduide bepalingen of welke in toepassing van de artikels 60 tot 63 van deze wet werd erkend als een inbreuk.

Art. 21. Kan alleen worden betrokken wegens tekortkoming aan de bepalingen van artikel 20, de auteur van de aangeklaagde handelspubliciteit.

Ingeval deze evenwel niet in België woonachtig zou zijn of indien hij geen verantwoordelijke zou hebben aangewezen met woonplaats in België, kan de vordering tot staking eveneens worden ingesteld tegen de uitgever, de drukker of de verspreider van de aangeklaagde handelspubliciteit alsmede tegen iedere persoon die ertoe bijdraagt dat zij uitwerking heeft.

Art. 22. Het is ieder handelaar verboden de verbruiker een produkt te koop te bieden of te verkopen met verlies.

Wordt beschouwd als een verkoop met verlies, iedere verkoop aan een prijs die niet ten minste gelijk is aan de prijs aan dewelke het produkt werd gefactureerd bij de bevoorrading of aan dewelke het zou gefactureerd worden in geval van herbevoorrading.

Wordt gelijkgesteld met een verkoop met verlies, iedere verkoop die rekening houdend met deze prijzen evenals met de algemene onkosten aan de verkoper slechts een uitzonderlijk beperkte winstmarge oplevert.

Art. 24. Voor de toepassing van deze wet is onder uitverkoop te verstaan elke tekoopaanbieding of verkoop die aangekondigd is onder de benaming "Uitverkoop", "Liquidation" of "Ausverkauf" of onder iedere gelijkwaardige benaming en die gebeurt met het oog op de versnelde afzet van een voorraad of van een assortiment van produkten in één van de volgende gevallen:

1. de verkoop heeft plaats ter uitvoering van een gerechtelijke beslissing;
2. de erfgenamen of rechtverkrijgenden van een overleden handelaar stellen de door hen verkregen voorraad geheel of gedeeltelijk te koop;
3. de handelaar stelt de voorraad welke overgelaten werd door diene van wie hij de handel heeft overgenomen, geheel of gedeeltelijk te koop;
4. de handelaar, die de uitgeoefende handelsactiviteit geheel of gedeeltelijk opgeeft, stelt de gehele of gedeeltelijke voorraad te koop, echter voor zover de verkoper gedurende de vorige drie jaren geen soortgelijke produkten om dezelfde reden heeft uitverkocht;
5. verbouwingen of herstelwerken, die minstens één maand duren, worden uitgevoerd in de lokalen waar de verkoop in het klein gewoonlijk plaatsheeft;
6. de verplaatsing of afschaffing van de handelsinrichting vergt de verkoop van de produkten;
7. ernstige schade werd door een ramp aan de hele produktenvoorraad of aan de handelsbedrijvigheid toegebracht ;
8. belangrijke schade wordt ingevolge een geval van overmacht aan de handelsbedrijvigheid toegebracht.

Art. 32. Aan de bepalingen van deze afdeling zijn onderworpen tekoopaanbiedingen of verkopen in het klein met doorgehaalde prijzen of op enige andere wijze de nadruk wekkend van een prijsverlaging op de door de verkoper toegepaste prijzen, zonder dat een der benamingen bedoeld in de artikelen 24 en 28 wordt gebruikt.

Art. 33. In al de gevallen, bedoeld door artikel 32, moeten de aangekondigde prijsverlagingen reëel zijn ten overstaan van de prijzen die dezelfde verkoper voor de verkoop van gelijke produkten gewoonlijk vraagt.

Art. 34. Indien een prijsverlaging met tijdsbepierking wordt aangekondigd, is de verkoper ertoe gehouden, over de voorraad te beschikken, die normaal moet voorzien worden rekening houdend met de duur van de verkoop en de omvang van de publiciteit. De verkoop moet doorlopend geschieden en ten minste een volle verkoopdag duren.

Voorgaand lid is nochtans niet van toepassing op de verkoop van produkten bedoeld bij artikel 23 c.

Art. 43. § 1. De Koning kan:

1. voor de titels bedoeld in artikel 38, 1 tot 3, een minimum-formaat alsmede kenmerken voorschrijven;
2. bij stopzetting van de uitgifte dezer titels of zo zich een wijziging in de lopende uitgifte voordoet, een bijzondere bekendmaking en de modaliteiten ervan voorschrijven;
3. het minimumbedrag bepalen, vanaf hetwelke de terugbetaling in geld kan worden gevorderd van de titels, bedoeld in artikel 38,3;
4. de uitgifte der titels, bedoeld in artikel 38, 3, afhankelijk maken van het stellen van waarborgen inzake solventie en van het houden van een bijzondere boekhouding, en controlemaatregelen opleggen;
5. voor zekere produkten of diensten, door Hem bepaald, de percentages wijzigen, vermeld in de artikelen 36,2, 37,5, en 38,4, het maximumbedrag vaststellen welke de waarde der produkten,

diensten of voordelen, mag bereiken die bij toepassing van deze bepaling aangeboden worden en het aantal en de duur van de verkopen en diensten, voorwerp van artikel 36,2, beperken;

6. het aanbod afhankelijk maken van de voorwaarde dat de gezamenlijk aangeboden produkten of diensten werden verkocht of verstrekt door de handelaar of ambachtsman gedurende minstens één jaar;

7. sommige door Hem bepaalde produkten en diensten uitsluiten van de afwijkingen voorzien bij de artikelen 36, 37 en 38;

8. het verbod van artikel 35 uitbreiden tot het gezamenlijk aanbod gericht tot wederverkopers.

§ 2. Vooraleer de maatregelen bedoeld onder 5, 6, 7 en 8 te treffen, wint de Koning het advies in van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, van de Hoge Raad voor de Middenstand en van de Raad voor het Verbruik, en bepaalt de termijnen binnen welke dit advies moet gegeven worden.

Art. 46, § 1. Het verbod is niet van toepassing op de uitverkoop gedaan met inachtnaam van de regels vermeld in de artikelen 24 tot 27, en die bovendien beantwoorden aan de voorwaarden hierna opgesomd.

§ 2. Iedere handelaar die wenst over te gaan tot een uitverkoop door middel van openbare verkoop, moet de Minister of de persoon hiertoe door hem aangewezen, hiervan in kennis stellen bij een ter post aangetekend schrijven en in dit schrijven de aanvangsdatum van de verkoop vermelden. Er mag tot de openbare verkoop niet worden overgegaan dan acht werkdagen na het verzenden van bedoeld aangetekend schrijven.

Een inventaris, in dubbel exemplaar, van de produkten die zullen worden verkocht bij openbare verkoop, dient te worden gevoegd bij bedoeld aangetekend schrijven.

§ 3. Behalve in geval van overmacht, moet de openbare verkoop geschieden op de vastgestelde dag en moet eventueel zonder onderbreking de volgende dagen verder gaan; er kan uitzondering worden gemaakt voor de zon- en feestdagen.

Art. 53. Onverminderd de toepassing van de reglementering inzake ambulante handel en van de wettelijke bepalingen die gelden voor de slijterijen van gegiste dranken en behoudens de afwijkingen verleend door de Koning voor produkten of in de voorwaarden die Hij stelt, is elke reizende verkoop verboden. Wordt aangezien als reizende verkoop elk aanbod tot verkoop, uitstalling met het oog op de verkoop en de verkoop aan de verbruiker door een handelaar of een tussenpersoon buiten zijn voornaamste vestigingszetel, zijn bijhuizen of agentschappen vermeld in zijn inschrijving in het handelsregister, of de lokalen gebruikt voor een handelsbeurs.

Art. 54. Verboden is elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad waarbij een handelaar of een ambachtsman de beroepsbelangen van een of meerdere andere handelaars of ambachtslui schaadt of tracht te schaden.

Art. 55. De voorzitter van de rechtbank van koophandel stelt het bestaan vast en beveelt de staking van een zelfs strafrechtelijk betengelde tekortkoming aan de bepalingen:

- a) van artikel 17 betreffende de beteugeling van de aanmatiging van de benaming van oorsprong;
- b) van artikel 20 betreffende de handelspubliciteit;
- c) van artikel 22 betreffende de verkoop met verlies;
- d) van de artikelen 24 tot 34 houdende reglementering der uitverkopen, opruiming en andere verkopen tegen verminderde prijs alsmede van de besluiten getroffen in uitvoering van deze artikelen;
- e) van artikel 35 dat elk gezamenlijk aanbod van produkten of diensten verbiedt alsmede van de besluiten getroffen in uitvoering van artikel 43, 5 tot 8;
- f) van de artikelen 44 tot 48 houdende verbod of reglementering van bepaalde openbare verkopen;

- g) van artikel 51, de afgedwongen aankoop verbiedend;
- h) van artikel 53 houdende reglementering van de reizende verkopen;
- i) van artikel 54 dat elke daad strijdig met de eerlijke gebruiken op handelsgebied verbiedt.

Art. 56. Artikel 55 vindt geen toepassing op daden van namaking die onder toepassing vallen van de wetten betreffende de uitvindingsoctrooien, de fabrieks- of handelsmerken, de nijverheidstekeningen of modellen en de auteursrechten.

Art. 57. De vordering op grond van artikel 55 wordt ingediend op verzoek hetzij van de belanghebbenden, hetzij van een belanghebbende beroeps- of interprofessionele groepering met rechtspersoonlijkheid.

Wanneer deze vordering betrekking heeft op een daad bepaald bij artikel 55, littera a tot h, kan zij bovendien vervolgd worden op verzoek van de Minister evenals op het verzoek van iedere vereniging, die de verdediging van de belangen van de verbruikers tot doel heeft en die rechtspersoonlijkheid bezit, voor zover deze vereniging vertegenwoordigd is in de Raad voor het Verbruik.

Art. 58. De voorzitter van de rechtbank van koophandel kan voorschrijven dat zijn beslissing wordt aangeplakt, tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de installaties van de overtreder en dat zijn vonnis door middel van dagbladen of op enige andere wijze moet worden bekendgemaakt, dit alles op kosten van de overtreder.

Deze bekendmakingen mogen echter slechts voorgeschreven worden ingeval zij van aard zijn bij te dragen tot de staking van de aangeklaagde daad of van haar nawerking.

Zij mogen pas geschieden op het tijdstip waarop tegen de desbetreffende beslissing geen hoger beroep meer openstaat.

Art. 59. De vordering die voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel wordt gebracht, wordt ingediend op de wijze van het kort geding.

Er wordt uitspraak gedaan over de vordering niettegenstaande elke vervolging uitgeoefend om reden van dezelfde feiten voor een strafgerecht.

De uitspraak is uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande elk verhaal en zonder borgtocht.

De uitspraak bij verstek gewezen is niet vatbaar voor verzet.

De uitspraak is vatbaar voor hoger beroep, welke de waarde van de vordering ook zij.

Het arrest bij verstek gewezen is vatbaar voor verzet.

Elke beslissing ingevolge een op artikel 55 gegronde vordering wordt aan de Minister binnen de acht dagen door de griffier van het bevoegd rechtscollege medegedeeld, behalve indien de beslissing is gewezen op verzoek van de Minister.

De griffier is bovendien ertoe gehouden de Minister onverwijld kennis te geven van het verhaal dat tegen elke op grond van artikel 55 uitgevaardigde beslissing wordt uitgeoefend.

Art. 60. Met geldboete van 26 tot 5.000 frank worden gestraft zij die de bepaling overtreden:

1. van de artikelen 2, 4 en 6 tot 10, betreffende de aanduiding van de prijzen en de aanduiding van de hoeveelheden alsmede van de besluiten, getroffen ter uitvoering der artikelen 3 en 11;
2. van de besluiten getroffen ter uitvoering van artikel 12 betreffende de benaming en samenstelling der produkten.
3. van artikel 40 dat het recht tot uitgifte van sommige titels, aan een vooraafgaande inschrijving onderwerpt;
4. van artikel 49 dat aan de ministeriële ambtenaren, belast met de openbare verkopen, de verplichting oplegt in bepaalde omstandigheden hun medewerking te weigeren.

Is een overtreding van de bepalingen van de besluiten tot uitvoering van artikel 11, 4°, betreffende de normen tot conditionering van de produkten, of van de bepalingen van artikel 12 betreffende de benaming en de samenstelling van de produkten, echter tevens een overtreding van de wet van 20 juni 1964 betreffende het toezicht op de voedingswaren of -stoffen en andere produkten, dan zijn alleen de straffen bepaald door deze laatste wet van toepassing.

Art. 61. Met geldboete van 1.000 frank tot 5.000 frank worden gestraft zij die met kwade trouw de bepalingen die vermeld worden in artikel 55, overtreden.

Wanneer de feiten voorgelegd aan de rechtbank, het voorwerp zijn van een vordering tot staking, dan kan er niet beslist worden over de strafvordering dan nadat een in kracht van gewijsde gegane beslissing is geveld betreffende de vordering tot staking.

8. WET BETREFFENDE DE INSTITUTEN VAN RADIO EN TELEVISIE (W.28 mei 1960)

Art. 28, § 1. De "nieuwsuitzendingen" van elk der instituten worden in een geest van strenge objectiviteit en zonder enige voorafgaande censuur van de regering gehouden.

§ 2. Het is de instituten verboden uitzendingen te geven die strijdig zijn met de wetten of met het algemeen belang, met de openbare orde of met de goede zeden, of die een belediging uitmaken voor andermans overtuiging of voor een vreemde Staat. Voor de beoordeling uit moreel oogpunt kunnen de directeurs-generaal en, in voorkomend geval, het bij artikel 18, § 2, bedoelde college zich, zo nodig, doen bijstaan door een advies-commissie van acht leden, die door de algemene raad worden be-

noemd; een afdeling van vier leden staat meer in het bijzonder de directeur-generaal van het instituut der Nederlandse uitzendingen terzijde; een andere afdeling van vier leden staat meer in het bijzonder de directeur-generaal van het instituut der Franse uitzendingen terzijde.

§ 3. Het is de instituten verboden uitzendingen te doen die een karakter van handelspubliciteit vertonen, en andere publicaties uit te geven dan de programma's der uitzendingen.

§ 4. De instituten zijn verplicht, tot tien uur per maand, over ieder van de frequenties waarover zij beschikken, kosteloos de mededelingen uit te zenden die de Minister onder wie zij ressorteren, hun doorgeeft.

Vóór en na die mededelingen moet worden aangekondigd dat zij van regeringswege zijn verstrekt.

§ 5. De instituten kunnen, volgens de algemene regelen die de Koning, na raadpleging van de raden van beheer en van de algemene raad, bepaalt, radio- en televisieuitzendingen laten verzorgen door daartoe erkende verenigingen of stichtingen.

Ook voor deze uitzendingen gelden de onder §§ 2 en 3 gestelde verbodsmaatregelen.

9. EENVORMIGE BENELUX-MERKENWET

Artikel 13:

A. Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen :

1° elk gebruik, dat van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren, waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren;

2° elk ander gebruik, dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht.

Onder dezelfde voorwaarden kan de merkhouder schadevergoeding eisen voor elke schade, die hij door dit gebruik lijdt.

Het uitsluitend recht op het merk omvat echter niet het recht zich te verzetten tegen het gebruik van het merk voor waren, die de merkhouder of zijn licentiehouder onder het bedoelde merk in het verkeer heeft gebracht, mits de toestand van de waren niet is gewijzigd.

B. Met de administratieve, voor de inschrijving der merken toegepaste rangschikking in klassen wordt geen rekening gehouden bij de beoordeling van de soortgelijkheid der waren.

C. Het uitsluitend recht op een merk, luidende in één der nationale of streektalen van het Beneluxgebied, strekt zich van rechtswege uit over zijn vertaling en een ander dezer talen.

De beoordeling van de overeenstemming voortvloeiende uit vertalingen in een of meer aan het genoemde gebied vreemde talen geschiedt door de rechter.

10. WET BETREFFENDE HET RECHT TOT ANTWOORD

Art. 1. Onverminderd de andere rechtsmiddelen, heeft elke natuurlijke of rechtspersoon die in een periodiek geschrift bij name is genoemd of impliciet aangewezen, het recht binnen drie maanden kosteloze inlassing van een antwoord te vorderen.

De wetenschappelijke, artistieke of letterkundige kritiek echter levert slechts een ^{recht van} antwoord op indien dit ten doel heeft een zakelijk element recht te zetten of een aantasting van de eer af te weren.

Indien de bedoelde persoon overleden is, behoort het recht van antwoord aan al de bloedverwanten in de rechte linie en aan de echtgenoot of, bij ontstentenis van dezen, aan de naaste bloedverwanten; het recht wordt slechts eenmaal en door de meest gereede onder hen uitgeoefend; indien, op de dag van het overlijden van de genoemde of aangewezen persoon, de bij het eerste lid bepaalde termijn van drie maanden is ingegaan, beschikken de rechthebbenden alleen over het nog overblijvende gedeelte van die termijn.

Art. 2. Het antwoord mag niet meer bedragen dan duizend letters schrift of het dubbel van de ruimte ingenomen door de tekst die het recht tot antwoord rechtvaardigt.

De in de zaak betrokken persoon mag ineens het recht tot antwoord uitoefenen op teksten die in verschillende opeenvolgende nummers zijn verschenen.

In dat geval mag zijn antwoord niet meer bedragen dan duizend letters schrift of het dubbel van de ruimte ingenomen door de langste van die teksten.

De vordering tot inlassing bevat de nauwkeurige opgaaf van de teksten, vermeldingen of aanhalingen waarop het antwoord betrekking heeft.

Art. 3. Kan worden geweigerd, de inlassing van elk antwoord:

1° Dat niet onmiddellijk in verband staat met de bestreden tekst;

2° Dat beledigend is of in strijd met de wetten of de goede zeden;

3° Dat zonder noodzakelijkheid derden in de zaak betreft;

4° Dat gesteld is in een andere taal dan die van het periodiek geschrift.

Art. 4. Het antwoord moet in zijn geheel worden opgenomen zonder tussenvoeging, op dezelfde plaats en in dezelfde lettertekens als de tekst waarop het betrekking heeft.

Het moet worden opgenomen in het eerste nummer dat verschijnt na afloop van een termijn van twee vrije dagen, de zondagen of feestdagen niet inbegrepen, en die ingaat op de dag waarop het antwoord ten kantore van het periodiek geschrift werd ingediend.

Art. 5. In geval van overtreding van artikel 4, wordt de uitgever gestraft met geldboete van 26 frank tot 5.000 frank.

Artikel 85 van het Strafwetboek is op dit misdrijf van toepassing. Indien de dag van het vonnis het antwoord nog niet werd opgenomen, gelast de rechtbank de opneming binnen een termijn die zij vaststelt, en veroordeelt zij bovendien de uitgever tot een geldboete van 100 frank per dag vertraging van het verstrijken vanaf deze termijn; in een speciaal met redenen omklede beschikking kan zij verklaren dat het gedeelte van het vonnis dat de opneming beveelt uitvoerbaar is bij voorraad niettegenstaande verzet of beroep.

Artikel 9 der wet van 31 mei 1888 waarbij de voorwaardelijke invrijheidstelling en de voorwaardelijke veroordelingen in het strafstelsel worden ingevoerd, zoals het bij de wet van 14 november 1947 werd gewijzigd, is niet van toepassing op de veroordelingen waarvan sprake in het voorgaande lid.

Art. 6. De vervolging kan enkel geschieden op de klacht of de rechtstreekse dagvaarding van de persoon die beweert benadeeld te zijn. Deze partij kan in elke stand van het geding afstand doen; door haar afstand vervalt de publieke vordering.

11. WET BETREFFENDE HET AUTEURSRECHT.

Art. 1. L'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

Art. 2. Ce droit se prolonge pendant cinquante ans après le décès de l'auteur, au profit de ses héritiers ou ayants droit.

Art. 3. Le droit d'auteur est mobilier, cessible et transmissible, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil.

Art. 7. L'éditeur d'un ouvrage anonyme ou pseudonyme est réputé, à l'égard des tiers, en être l'auteur.

Dès que celui-ci se fait connaître, il reprend l'exercice de son droit.

Art. 9. Sont toujours insaisissables les oeuvres littéraires ou musicales, tant qu'elles sont inédites, et, du vivant de l'auteur, les autres oeuvres d'art, tant qu'elles ne sont pas prêtes pour la vente ou la publication.

Art. 12. Le droit de l'auteur sur une oeuvre littéraire comprend le droit exclusif d'en faire ou d'en autoriser la traduction.

Art. 13. Le droit d'auteur n'exclut pas le droit de faire des citations lorsqu'elles ont lieu dans un but de critique, de polémique ou d'enseignement.

Art. 14. Tout journal peut reproduire un article publié par un autre journal, à condition d'en indiquer la source, à moins que cet article ne porte la mention spéciale la reproduction en est interdite.

Art. 15. Le droit de représentation d'une oeuvre littéraire est réglé conformément aux dispositions relatives aux oeuvres musicales.

Art. 16. Aucune oeuvre musicale ne peut être publiquement exécutée ou représentée, en tout ou en partie, sans le consentement de l'auteur.

Art. 17. Le droit d'auteur sur les compositions musicales comprend le droit exclusif de faire des arrangements sur des motifs de l'oeuvre originale.

Wet van 11 maart 1958

Art. 21bis. De toestemming van de maker is niet vereist voor het verveelvoudigen, opnemen en openbaar maken van korte uittreksels uit werken van letterkunde of kunst, met het doel, door middel van fotografie, cinematografie, radiofonie of televisie, verslag te geven van actuele gebeurtenissen.

Dit geldt ook voor de reproductie en het openbaar maken van plastische werken in hun geheel, maar alleen voor zover de berichtgeving over de actualiteit het vereist.

B. D U I T S E B O N D S R E P U B L I E K .

1. GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Artikel 1 (Menschenwürde und Menschenrechte) (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Artikel 2. (Persönlichkeitsrechte) (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst.

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

Artikel 3. (Gleichheitsgrundsatz, Gleichberechtigung) (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt.

(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.

Artikel 5 (Freie Meinungsäusserung Pressefreiheit) (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äussern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

Artikel 14 (Eigentum und Erbrecht) (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmass der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

Artikel 19 (Einschränkung von Grundrechten, Rechtsschutzgarantie)

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muss das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Ausserdem muss das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

2. BÜRGERLICHES GESETZBUCH

§ 12. (Namensrecht) Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

§ 138. (Sittenwidrigkeit, Wucher) I Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

II Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Un erfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

§ 241 (Wesen des Schuldverhältnisses) Kraft der Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

§ 242 (Grundsatz von Treu und Glauben) Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 823 (Grundsätze) I Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

II Die Gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoss gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle

des Verschuldens ein.

§ 824 (Kreditgefährdung) I Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss.

II Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.

§ 826 (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung) Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

§ 831 (Haftung für Schädigung durch den Verrichtungsgehilfen, Exculpationsbeweis) I Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

II Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. I Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

§ 861 (Wiedereinräumungsanspruch bei Besitzentziehung) I Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.

II Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist.

§ 1004 (Abwehranspruch bei Eigentumsstörung) I Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

II Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

3. GESETZ ÜBER URHEBERRECHT UND VERWANDTE SCHUTZRECHTE

(UrG - Urheberrechtsgesetz)

§ 2. Geschützte Werke (1) Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere:

1. Sprachwerke, wie Schriftwerke und Reden;
2. Werke der Musik;
3. pantominische Werke einschliesslich der Werke der Tanzkunst;
4. Werke der bildenden Künste einschliesslich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke;
5. Lichtbildwerke einschliesslich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden;
6. Filmwerke einschliesslich der Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden;
7. Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen.

(2) Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.

§ 3. Bearbeitungen. Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes, die persönliche geistige Schöpfungen des Bearbeiters sind, werden unbeschadet des Urheberrechts am bearbeiteten Werk wie selbständige Werke geschützt.

§ 6. Veröffentlichte und erschienene Werke. (1) Ein Werk ist veröffentlicht, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.

(2) Ein Werk ist erschienen, wenn mit Zustimmung des Berechtigten Vervielfältigungsstücke des Werkes nach ihrer Herstellung in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind. Ein Werk der bildenden Künste gilt auch dann als erschienen, wenn das Original oder ein Vervielfältigungsstück des Werkes mit Zustimmung des Berechtigten bleibend der Öffentlichkeit zugänglich ist.

§ 7. Urheber. Urheber ist der Schöpfer des Werkes.

§ 8. Miturheber. (1) Haben mehrere ein Werk gemeinsam geschaffen, ohne dass sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen, so sind sie Miturheber des Werkes.

(2) Das Recht zur Veröffentlichung und zur Verwertung des Werkes steht den Miturhebern zur gesamten Hand zu; Änderungen des Werkes sind nur mit Einwilligung der Miturheber zulässig. Ein Miturheber darf jedoch seine Einwilligung zur Veröffentlichung, Verwertung oder Änderung nicht wider Treu und Glauben verweigern. Jeder Miturheber ist berechtigt, Ansprüche aus Verletzungen des gemeinsamen Urheberrechts geltend zu machen; er kann jedoch nur Leistung an alle Miturheber verlangen.

(3) Die Erträgnisse aus der Nutzung des Werkes gebühren den Miturhebern nach dem Umfang ihrer Mitwirkung an der Schöpfung des Werkes, wenn nichts anderes zwischen den Miturhebern vereinbart ist.

(4) Ein Miturheber kann auf seinen Anteil an den Verwertungsrechten (§ 15) verzichten. Der Verzicht ist den anderen Miturhebern gegenüber zu erklären. Mit der Erklärung wächst der Anteil

den anderen Miturhebern zu.

§ 10. Vermutung der Urheberschaft. (1) Wer auf den Vervielfältigungsstücken eines verschiedenen Werkes oder auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet ist, wird bis zum Beweis der Gegenteils als Urheber des Werkes angesehen; dies gilt auch für eine Bezeichnung, die als Deckname oder Künstlerzeichen des Urhebers bekannt ist.

(2) Ist der Urheber nicht nach Absatz 1 bezeichnet, so wird vermutet, dass derjenige ermächtigt ist, die Rechte des Urhebers geltend zu machen, der auf den Vervielfältigungstücken des Werkes als Herausgeber bezeichnet ist. Ist kein Herausgeber angegeben, so wird vermutet, dass der Verleger ermächtigt ist.

§ 11. Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes.

§ 12. Veröffentlichungsrecht. (1) Der Urheber hat das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist.

(2) Dem Urheber ist es vorbehalten, den Inhalt seines Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, solange weder das Werk noch der wesentliche Inhalt oder eine Beschreibung des Werkes mit seiner Zustimmung veröffentlicht ist.

§ 13 Anerkennung der Urheberschaft. Der Urheber hat das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk. Er kann bestimmen, ob das Werk mit einer Urheberbezeichnung zu verstehen und welche Bezeichnung zu verwenden ist.

§ 14. Entstellung des Werkes. Der Urheber hat das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden.

§ 15. Allgemeines. (1) Der Urheber hat das ausschliessliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; das Recht umfasst insbesondere 1. das Vervielfältigungsrecht (§ 16).

2. das Verbreitungsrecht (§ 17).

3. das Ausstellungsrecht (§ 18).

(2) Der Urheber hat ferner das ausschliessliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe); das Recht umfasst insbesondere

1. das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19).

2. das Senderecht (§ 20).

3. das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21).

4. das Recht der Wiedergabe von Funksendungen (§ 22).

(3) Die Wiedergabe eines Werkes ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, dass der Kreis dieser Personen bestimmt abgegrenzt ist und sie durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehung zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind.

§ 16 Vervielfältigungsrecht (1) Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Zahl.

(2) Eine Vervielfältigung ist auch die Übertragung des Werkes auf Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen (Bild- oder Tonträger), gleichviel, ob es sich um die Aufnahme einer Wiedergabe des Werkes auf einen Bild- oder Tonträger oder um die Übertragung des Werkes von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen handelt.

§ 17 Verbreitungsrecht (1) Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.

(2) Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes Berechtigten im Wege der Veräusserung in Verkehr gebracht

worden, so ist ihre Weiterverbreitung zulässig.

§ 18. Ausstellungsrecht. Das Ausstellungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines unveröffentlichten Werkes der bildenden Künste oder eines unveröffentlichten Lichtbildwerkes öffentlich zur Schau zu stellen.

§ 23. Bearbeitungen und Umgestaltungen. Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden. Handelt es sich um eine Verfilmung des Werkes, um die Ausführung von Plänen und Entwürfen eines Werkes der bildenden Künste oder um den Nachbau eines Werkes der Baukunst, so bedarf bereits das Herstellen der Bearbeitung oder Umgestaltung der Einwilligung des Urhebers.

§ 26. Folgerecht. (1) Wird das Original eines Werkes der bildenden Künste weiterveräußert und ist hieran ein Kunsthändler oder Versteigerer als Erwerber, Veräußerer oder Vermittler beteiligt, so hat der Veräußerer dem Urheber einen Anteil in Höhe von eins vom Hundert des Veräußerungserlöses zu entrichten. Die Verpflichtung entfällt, wenn der Veräußerungserlös weniger als fünfhundert Deutsche Mark beträgt.

(2) Der Urheber kann auf den Anteil im voraus nicht verzichten. Die Anwartschaft darauf unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung; eine Verfügung über die Anwartschaft ist unwirksam.

(3) Die vorstehenden Bestimmungen sind auf Werke der Baukunst und der angewandten Kunst nicht anzuwenden.

§ 27. Vermietung von Vervielfältigungsstücken. (1) Werden Vervielfältigungsstücke eines Werkes, deren Weiterverbreitung nach § 17 Abs. 2 zulässig ist, vermietet, so hat der Vermieter dem Urheber hierfür eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Vermietung Erwerbszwecken des Vermieters dient.

(2) Absatz 1 ist auf Werke, die ausschliesslich zum Zweck der Vermietung erschienen, sind, nicht anzuwenden.

§ 39. Änderungen des Werkes. (1) Der Inhaber eines Nutzungsrechts darf das Werk, dessen Titel oder Urheberbezeichnung (§ 10 Abs. 1) nicht ändern, wenn nichts anderes vereinbart ist.

(2) Änderungen des Werkes und seines Titels, zu denen der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann, sind zulässig.

§ 42. Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung. (1) Der Urheber kann ein Nutzungsrecht gegenüber dem Inhaber zurückrufen, wenn das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann. Der Rechtsnachfolger des Urhebers (§ 30) kann den Rückruf nur erklären, wenn er nachweist, dass der Urheber vor seinem Tode zum Rückruf berechtigt gewesen wäre und an der Erklärung des Rückrufs gehindert war oder diese letztwillig verfügt hat.

(2) Auf das Rückrufsrecht kann im Voraus nicht verzichtet werden. Seine Ausübung kann nicht ausgeschlossen werden.

(3) Der Urheber hat den Inhaber des Nutzungsrechts angemessen zu entschädigen. Die Entschädigung muss mindestens die Aufwendungen decken, die der Inhaber des Nutzungsrechts bis zur Erklärung des Rückrufs gemacht hat; jedoch bleiben hierbei Aufwendungen, die auf bereits gezogene Nutzungen entfallen, ausser Betracht. Der Rückruf wird erst wirksam, wenn der Urheber die Aufwendungen ersetzt oder Sicherheit dafür geleistet hat. Der Inhaber des Nutzungsrechts hat dem Urheber binnen einer Frist von drei Monaten nach Erklärung des Rückrufs die Aufwendungen mitzuteilen; kommt er dieser Pflicht nicht nach, so wird der Rückruf bereits mit Ablauf dieser Frist wirksam.

(4) Will der Urheber nach Rückruf das Werk wieder verwerten, so ist er verpflichtet, dem früheren Inhaber des Nutzungsrechts ein entsprechendes Nutzungsrecht zu angemessenen Bedingungen anzubieten.

(5) Die Bestimmungen in § 41 Abs. 5 und 7 sind entsprechend anzuwenden.

§ 43. Urheber in Arbeits- oder Dienstverhältnissen. Die Vorschriften dieses Unterabschnitts sind auch anzuwenden, wenn der Urheber das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat, soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt.

§ 49. Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare. (1) Zulässig ist die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Rundfunkkommentare und einzelner Artikel aus Zeitungen und anderen lediglich Tagesinteressen dienenden Informationsblättern in anderen Zeitungen und Informationsblättern dieser Art sowie die öffentliche Wiedergabe solcher Kommentare und Artikel, wenn sie politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betreffen und nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen sind. Für die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen, es sei denn, dass es sich um eine Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe kurzer Auszüge aus mehreren Kommentaren oder Artikeln in Form einer Übersicht handelt.

(2) Unbeschränkt zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von vermischten Nachrichten tatsächlichen Inhalts und von Tagesneuigkeiten, die durch Presse oder Funk veröffentlicht worden sind; ein durch andere gesetzliche Vorschriften gewährter Schutz bleibt unberührt.

§ 51. Zitate. Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe, wenn in einem durch den Zweck gebotenen Umfang

1. einzelne Werke nach dem Erscheinen in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden,

2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden,

3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden.

§ 62. Änderungsverbot. (1) Soweit nach den Bestimmungen dieses Abschnittes die Benutzung eines Werkes zulässig ist, dürfen Änderungen an dem Werk nicht vorgenommen werden. § 39 gilt entsprechend.

(2) Soweit der Benutzungszweck es erfordert, sind Uebersetzungen und solche Änderungen des Werkes zulässig, die nur Auszüge oder Uebertragungen in eine andere Tonart oder Stimmlage darstellen.

(3) ...

§ 63. Quellenangabe. (1) Wenn ein Werk oder ein Teil eines Werkes in den Fällen des § 45 Abs. 1, der §§ 46 bis 48, 50, 51, 58, 59 und 61 vervielfältigt wird, ist stets die Quelle deutlich anzugeben. Bei der Vervielfältigung ganzer Sprachwerke oder ganzer Werke der Musik ist neben dem Urheber auch der Verlag anzugeben, in dem das Werk erschienen ist, und ausserdem kenntlich zu machen, ob an dem Werk Kürzungen oder andere Änderungen vorgenommen worden sind. Die Verpflichtung zur Quellenangabe entfällt, wenn die Quelle weder auf dem benutzten Werkstück oder bei der benutzten Werkwiedergabe genannt noch dem zur Vervielfältigung Befugten anderweit bekannt ist.

(2) Soweit nach den Bestimmungen dieses Abschnittes die öffentliche Wiedergabe eines Werkes zulässig ist, ist die Quelle deutlich anzugeben, wenn und soweit die Verkehrssitte es erfordert.

(3) Wird ein Artikel aus einer Zeitung oder einem anderen Informationsblatt nach § 49 Abs. 1 in einer anderen Zeitung oder in einem anderen Informationsblatt abgedruckt oder durch Funk gesendet, so ist stets ausser dem Urheber, der in der benutzten Quelle bezeichnet ist, auch die Zeitung oder das Informationsblatt anzu-

geben, woraus der Artikel entnommen ist; ist dort eine andere Zeitung oder ein anderes Informationsblatt als Quelle angeführt, so ist diese Zeitung oder dieses Informationsblatt anzugeben. Wird ein Rundfunkkommentar nach § 49 Abs. 1 in einer Zeitung oder einem anderen Informationsblatt abgedruckt oder durch Funk gesendet, so ist stets ausser dem Urheber auch das Sendeunternehmen anzugeben, das den Kommentar gesendet hat.

§ 83. Schutz gegen Entstellung. (1) Der ausübende Künstler hat das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seiner Darbietung zu verbieten, die geeignet ist, sein Ansehen oder seinen Ruf als ausübender Künstler zu gefährden.

(2) Haben mehrere ausübende Künstler gemeinsam eine Darbietung erbracht, so haben sie bei der Ausübung des Rechts aufeinander angemessene Rücksicht zu nehmen.

(3) Das Recht erlischt mit dem Tode des ausübenden Künstlers, jedoch erst fünfundzwanzig Jahre nach der Darbietung, wenn der ausübende Künstler vor Ablauf dieser Frist verstorben ist; die Frist ist nach § 69 zu berechnen. Nach dem Tode des ausübenden Künstlers steht das Recht seinen Angehörigen (§ 60 Abs. 3) zu.

§ 93. Schutz gegen Entstellung. Die Urheber des Filmwerkes und der zu seiner Herstellung benutzten Werke sowie die Inhaber verwandter Schutzrechte, die bei der Herstellung des Filmwerkes benutzt werden, können nach den §§ 14 und 83 hinsichtlich der Herstellung und Verwertung des Filmwerkes nur gröbliche Entstellungen oder andere gröbliche Beeinträchtigungen ihrer Werke oder Leistungen verbieten. Sie haben hierbei aufeinander und auf den Filmhersteller angemessene Rücksicht zu nehmen.

4. GESETZ GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

§ 1. (Generalklausel) Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

§ 3. (Irreführende Werbung.)

Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden."

§ 13. (Klagbefugnis von Mitbewerbern und Verbänden, Haftung für Angestellte) (1) In den Fällen der §§ 1, 3 6a und 6b kann der Anspruch auf Unterlassung von jedem Gewerbetreibenden, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, oder von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können. Auch können diese Gewerbetreibenden und Verbände denjenigen, welcher den §§ 6, 8, 10, 11, 12 zuwiderhandelt, auf Unterlassung in Anspruch nehmen.

(1a) In den Fällen der §§ 3, 6, 6a, 6b, 7 Abs. 1 und des § 11 kann der Anspruch auf Unterlassung auch von Verbänden geltend gemacht werden, zu deren satzungsgemässen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können. Das gleiche gilt in den Fällen des § 1, soweit der Anspruch unrichtige Angaben über Waren oder gewerbliche Leistungen, die geeignet sind den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, oder eine sonstige Handlung zu

Zwecken des Wettbewerbs betrifft, durch die wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden.

Das gleiche gilt in den Fällen des § 1, soweit der Anspruch irreführende Angaben über Waren oder gewerbliche Leistungen oder eine sonstige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs betrifft, durch die wesentliche belange der Verbraucher berührt werden."

(2) ...

§ 14. (Geschäftsschädigende Behauptungen) (1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts, oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Der Verletzte kann auch den Anspruch geltend machen, dass die Behauptung oder Verbreitung der Tatsachen unterbleibe.

(2) Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen musste.

(3) Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung.

§ 16. (Benutzung verwechselungsfähiger Bezeichnungen) (1) Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, kann von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden.

(2) Der Benutzende ist dem Verletzten zum Ersatze des Schadens verpflichtet, wenn er wusste oder wissen musste, dass die missbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechslungen hervorzurufen.

(3) Der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts stehen solche Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmten Einrichtungen gleich, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts gelten. Auf den Schutz von Warenzeichen und Ausstattungen (§§ 1, 15 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, Reichsgesetzbl. S 441) finden diese Vorschriften keine Anwendung.

(4) Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung.

5. GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN (GWB)

§ 3 (Rabattkartelle) (1) § 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse über Rabatte bei der Lieferung von Waren, soweit diese Rabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellen und nicht zu einer ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung von Wirtschaftsstufen oder von Abnehmern der gleichen Wirtschaftsstufe führen, die gegenüber den Lieferanten die gleiche Leistung bei der Abnahme von Waren erbringen.

(2) Bei der Anmeldung nach § 9 Abs. 2 ist nachzuweisen, dass die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und dass die Wirtschaftsstufen gehört worden sind, für die die Rabattregelung gelten soll. Ihre Stellungnahmen sind der Anmeldung beizufügen.

(3) Verträge und Beschlüsse der in Absatz 1 bezeichneten Art werden nur wirksam, wenn die Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung nicht widerspricht. Die Kartellbehörde hat zu widersprechen, wenn

1. nicht nachgewiesen ist, dass die in Absatz 1 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen und dass die Wirtschaftsstufen

gehört worden sind, für die die Rabattregelung gelten soll oder

2. der Vertrag oder Beschluss offensichtlich schädliche Wirkungen für den Ablauf von Erzeugung oder Handel oder für die angemessene Versorgung der Verbraucher hat, insbesondere die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit in einer Wirtschaftsstufe erschwert, oder
3. Marktbeteiligte innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Anmeldung (§ 10 Abs.1) nachweisen, dass sie durch den Vertrag oder Beschluss ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden.

(4) Die Kartellbehörde kann nach Ablauf der in Absatz 3 Satz 1 genannten Frist Verträge und Beschlüsse im Sinne des Absatzes 1 für unwirksam erklären, wenn einer der in den Absätzen 1 oder 3 genannten Gründe vorliegt.

§ 15. (Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen) Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beziehen, sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schliesst.

§ 16 (Zulässige vertikale Preisbindungen, Preisbindungsregister)

§ 15 gilt nicht, soweit ein Unternehmen die Abnehmer seiner Verlagserzeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiteräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen.

§ 22. (Marktbeherrschendes Unternehmen; -- Befugnisse der Kartellbehörde.)

(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder

2. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Markstellung hat; hierbei sind ausser seinem Marktanteil insbesondere seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen zu berücksichtigen.

(2) Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehr Unternehmen, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.

(3) Es wird vermutet dass

1. ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des Absatzes 1 ist, wenn es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat; die Vermutung gilt nicht, wenn das Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 250 Millionen Deutscher Mark hatte;

2. die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

a) drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 vom Hundert oder mehr haben oder

b) fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln oder mehr haben;

die Vermutung gilt nicht, soweit es sich um Unternehmen handelt, die im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 100 Millionen Deutscher Mark hatten.

§ 26 (Boykott und Diskriminierung) (1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren veranlassen.

(2) Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 1 bis 8, 99 Abs.2, § 100 Abs.1 und 7, §§ 102 und 103 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 16, 100 Abs.3 oder § 103 Abs.1 Nr.3 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

§ 27. (Aufnahme in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen)

(1) Wird die Aufnahme eines Unternehmens in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung abgelehnt, so kann die Kartellbehörde auf Antrag des betroffenen Unternehmens die Aufnahme in die Vereinigung anordnen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellt und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führt. Wirtschaftsvereinigungen im Sinne dieses Gesetzes sind auch die Gütezeichengemeinschaften.

(2) Die Verfügung kann mit Auflagen verbunden werden.

(3) § 11 Abs.4 Nr.1 und Abs.5 Nr.1 ist entsprechend anzuwenden.

§ 35. (Schadensersatzpflicht, Unterlassungsanspruch) (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen eine aufgrund dieses Gesetzes von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung ver-

stösst, ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zum Ersatz des aus dem Verstoss entstandenen Schadens verpflichtet. Richtet sich der Verstoss gegen eine aufgrund des § 27 erlassene Verfügung, so kann der Geschädigte auch für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 kann ein Anspruch auf Unterlassung auch von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können.

6 STRAFGESETZBUCH

§ 123. Hausfriedensbruch. (1) Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 184. Verbreitung pornographischer Schriften. (1) Wer pornographische Schriften (§ 11 Abs. 3)

1. einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht,
2. an einem Ort, der Personen unter achtzehn Jahren zugänglich ist oder von ihnen eingesehen werden kann, ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,
3. im Einzelhandel ausserhalb von Geschäftsräumen, in Kiosken oder anderen Verkaufsstellen, die der Kunde nicht zu betreten pflegt, im Versandhandel oder in gewerblichen Leihbüchereien oder Lesezirkeln einem anderen anbietet oder überlässt,
4. im Wege des Versandhandels in den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes einzuführen unternimmt,
5. öffentlich an einem Ort, der Personen unter achtzehn Jahren zugänglich ist oder von ihnen eingesehen werden kann, oder durch Verbreiten von Schriften ausserhalb des Geschäftsverkehrs mit dem einschlägigen Handel anbietet, ankündigt oder anpreist,
6. an einen anderen gelangen lässt, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein,
7. in einer öffentlichen Filmvorführung gegen ein Entgelt zeigt, das ganz oder überwiegend für diese Vorführung verlangt wird,
8. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält oder in den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes einzuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Nummern 1 bis 7 zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder
9. auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Ausland unter Verstoss gegen die dort geltenden Strafvorschriften zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen oder eine solche Verwendung zu ermöglichen.

wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 185. Beleidigung. Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tötlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 186. Uble Nachrede. Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 187. Verleumdung. Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 187a. Uble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens. (1) Wird gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) eine üble Nachrede (§ 186) aus Beweggründen begangen, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und ist die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(2) Eine Verleumdung (§ 187) wird unter den gleichen Voraussetzungen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

§ 192. Beleidigung trotz Wahrheitsbeweises. Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache schliesst die Bestrafung nach § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

§ 193. Wahrnehmung berechtigter Interessen. Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, dergleichen Äusserungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äusserung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

§ 199. Wechselseitig begangene Beleidigungen. Wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, so kann der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären.

§ 200. Bekanntgabe der Verurteilung. (1) Ist die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen und wird ihretwegen auf Strafe erkannt, so ist auf Antrag des Verletzten oder eines sonst zum Strafantrag Berechtigten anzuordnen, dass die Verurteilung wegen der Beleidigung auf Verlangen öffentlich bekanntgemacht wird.

(2) 1 Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen. 2 Ist die Beleidigung durch Veröffentlichung in einer Zeitung oder Zeitschrift begangen, so ist auch die Bekanntmachung in eine Zeitung oder Zeitschrift aufzunehmen, und zwar, wenn möglich, in dieselbe, in der die Beleidigung enthalten war; dies gilt entsprechend, wenn die Beleidigung durch Veröffentlichung im Rundfunk begangen ist.

7. WARENZEICHENGESETZ

§ 15. (Wirkung der Zeicheneintragung) (1) Die Eintragung eines Warenzeichens hat die Wirkung, dass allein seinem Inhaber das Recht zusteht, Waren der angemeldeten Art oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit dem Warenzeichen zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen sowie auf Ankündigungen, Prieslisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen das Zeichen anzubringen.

(2) Wird das Zeichen gelöscht, so können Rechte aus der Eintragung für die Zeit nicht mehr geltend gemacht werden, in der bereits ein Rechtsgrund für die Löschung vorgelegen hat.

8. LEBENSMITTEL- UND BEDARFSGEGENSTANDESGESETZ

§ 6. Verbraucher. (1) Verbraucher im Sinne dieses Gesetzes ist derjenige, an den Lebensmittel, Tabakerzeugnisse, kosmetische Mittel oder Bedarfsgegenstände zur persönlichen Verwendung oder zur Verwendung im eigenen Haushalt abgegeben werden.

(2) Dem Verbraucher stehen gleich Gaststätten, Einrichtungen zur Gemeinschaftsverpflegung sowie Gewerbetreibende, soweit sie in Absatz 1 genannte Erzeugnisse zum Verbrauch innerhalb ihrer Betriebstätte beziehen.

9. HEILMITTELWERBUNGSGESETZ

§ 1. (Anwendungsbereich)

(1) Dieses Gesetz findet Anwendung auf die Werbung für

1. Arzneimittel im Sinne des § 1 des Arzneimittelgesetzes,

2. andere Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände, soweit diese der Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden bei Mensch oder Tier dienen und die Werbeaussage sich auf diesen Zweck bezieht.

(2) Andere Mittel im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 sind Lebensmittel im Sinne des § 1 des Lebensmittelgesetzes und Futtermittel im Sinne des § 1 des Futtermittelgesetzes. Gegenstände im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 sind auch Bedarfsgegenstände im Sinne des § 2 Nr. 2 des Lebensmittelgesetzes und Gegenstände zur Körperpflege.

(3) Eine Werbung im Sinne dieses Gesetzes ist auch das Ankündigen oder Anbieten von Werbeaussagen, auf die dieses Gesetz Anwendung findet.

(4) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf die Werbung für Gegenstände zur Verhütung von Unfallschäden.

§ 3. (Irreführende Werbung)

Unzulässig ist eine irreführende Werbung. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor,

1. wenn Arzneimitteln, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln Wirkungen beigelegt werden, die ihnen nicht nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft oder nach praktischen Erfahrungen zukommen,
2. wenn fälschlich der Eindruck erweckt wird, dass
 - a) ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann,
 - b) bei bestimmungsgemäßer oder längerer Anwendung keine schädlichen Nebenwirkungen, abgesehen von besonderen Umständen des Einzelfalles, eintreten,
 - c) die Werbung nicht zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltet wird.
3. wenn unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben
 - a) über die Zusammensetzung oder Beschaffenheit von Arzneimitteln, Gegenständen oder anderen Mitteln oder über die Art und Weise der Verfahren oder Behandlungen oder

b) über die Person, Vorbildung, Befähigung oder Erfolge des Herstellers, Erfinders oder der für sie tätigen Personen gemacht werden.

§ 4. (Werbung unter Bezugnahme auf Gutachten, Zeugnisse, Veröffentlichungen)

Unzulässig ist eine Werbung, wenn

1. Gutachten oder Zeugnisse veröffentlicht oder erwähnt werden, die nicht von wissenschaftlich oder fachlich hierzu berufenen Personen erstattet worden sind und nicht die Angabe des Namens, Berufes und Wohnortes des Gutachters oder Ausstellers des Zeugnisses sowie den Zeitpunkt der Ausstellung des Gutachtens oder Zeugnisses enthalten,
2. auf wissenschaftliche, fachliche oder sonstige Veröffentlichungen Bezug genommen wird, ohne dass aus der Werbung hervorgeht, ob die Veröffentlichung das Arzneimittel, das Verfahren, die Behandlung, den Gegenstand oder ein anderes Mittel selbst betrifft, für die geworben wird, und ohne dass der Name des Verfassers, der Zeitpunkt der Veröffentlichung und die Fundstelle genannt werden.

§ 9. (Sonstige verbotene Werbung ausserhalb der Fachkreise)

Ausserhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden

1. mit Gutachten, Zeugnissen, wissenschaftlichen oder fachlichen Veröffentlichungen,
2. mit Angaben, dass das Arzneimittel, das Verfahren, die Behandlung, der Gegenstand oder das andere Mittel ärztlich, zahnärztlich, tierärztlich oder anderweitig fachlich empfohlen oder geprüft ist,
3. mit der Wiedergabe von Krankengeschichten,
4. mit der bildlichen Darstellung von Personen in der Berufskleidung oder bei der Ausübung der Tätigkeit von Angehörigen der Heilberufe, des Heilgewerbes oder des Arzneimittelhandels,

5. mit der bildlichen Darstellung
 - a) von Veränderungen des menschlichen Körpers oder seiner Teile durch Krankheiten, Leiden oder Körperschäden,
 - b) der Wirkung eines Arzneimittels, eines Verfahrens, einer Behandlung, eines Gegenstandes oder eines anderen Mittels durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach der Anwendung,
 - c) des Wirkungsvorganges eines Arzneimittels, eines Verfahrens, einer Behandlung, eines Gegenstandes oder eines anderen Mittels am menschlichen Körper oder an seinen Teilen,
6. mit fremd- oder fachsprachlichen Bezeichnungen, soweit sie nicht in den allgemeinen deutschen Sprachgebrauch eingegangen sind,
7. mit einer Werbeaussage, die geeignet ist Angstgefühle hervorzurufen oder auszunutzen,
8. durch Werbevorträge, mit denen ein Feilbieten oder eine Entgegennahme von Anschriften verbunden ist,
9. mit Hauszeitschriften, deren Werbezweck missverständlich oder nicht deutlich erkennbar ist,
10. mit Schriften, die dazu anleiten, bestimmte Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden beim Menschen selbst zu erkennen und mit den in der Werbung bezeichneten Arzneimitteln, Gegenständen, Verfahren, Behandlungen oder anderen Mitteln zu behandeln.
11. mit nicht fachlichen Äusserungen Dritter, insbesondere mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche Äusserungen.
12. mit Werbemassnahmen, die sich ausschliesslich oder überwiegend an Kinder oder an Jugendliche unter 18 Jahren richten,
13. mit Preiausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist,
14. durch die nicht verlangte Abgabe von Mustern oder Proben oder durch Gutscheine dafür.

§ 10 (Werbung unter Bezugnahme auf bestimmte Krankheiten und Leiden)

(1) Die Werbung für Arzneimittel ausserhalb der Fachkreise darf sich nicht auf die Erkennung, Verhütung, Beseitigung oder Linderung der in der Anlage zu diesem Gesetz aufgeführten Krankheiten oder Leiden beim Menschen oder Tier beziehen.

(2) Die Werbung für andere Mittel, Verfahren, Behandlungen oder Gegenstände ausserhalb der Fachkreise darf sich nicht auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung dieser Krankheiten oder Leiden beziehen. Bei Lebensmitteln im Sinne der Verordnung über diätetische Lebensmittel vom 20. Juni 1963 (Bundesgesetzbl. I S 415) gilt dies nicht für die Werbung mit Angaben und Hinweisen, die nach dieser Verordnung zugelassen sind. Dies gilt auch nicht für die Werbung für Verfahren oder Behandlungen in Heilbädern, Kurorten und Kuranstalten.

C. N E D E R L A N D .

— — — — —

1. GRONDWET VAN HET KONINKLIJK DER NEDERLANDEN

Art. 4. Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen. De wet regelt de toelating en de uitzetting van vreemdelingen en de algemene voorwaarden, op welke ten aanzien van hun uitlevering verdragen met vreemde Mogendheden kunnen worden gesloten.

Art. 7. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig, om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens, ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2. BURGERLIJK WETBOEK

1401. Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.

1402. Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzichtigheid veroorzaakt heeft.

1403. Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzicht heeft.

(...)

1408. De burgerlijke regtsvordering ter zake van belediging strekt tot vergoeding der schade, en tot betering van het ~~na-~~deel, in eer en goeden naam geleden.

De regter zal, bij de waardering daarvan, letten op het min of meer grove van de belediging, benevens op de hoedanigheid, den stand en de fortuin der wederzijdsche partijen, en op de omstandigheden.

1409. De beledigde kan bovendien eischen dat bij hetzelfde vonnis worde verklaard, dat de gepleegde daad is lasterlijk of beledigend.

Eischt hij de verklaring dat de gepleegde daad is lasterlijk, dan gelden de regelen in artikel 265 van het Wetboek van Strafrecht voor de strafvordering wegens laster gesteld.

Het vonnis zal, indien de beledigde zulks vordert, ten koste des veroordeelden, openbaar worden aangeplakt, bij zoo vele exemplaren als, en daar waar de regter zulks zal bevelen.

1410. Onverminderd hare gehoudenheid tot schadevergoeding, kan de verwerende partij de toewijzing van de vordering, bij het voorgaande artikel vermeld, voorkomen, door het aanbod en de werkelijke aflegging van eene openbare verklaring voor den regter, houdende dat haar de gepleegde daad leed doet; dat zij deswege verschooning vraagt, en den beledigde houdt voor een persoon van eer.

1411. De regtsvorderingen in de drie voorgaande artikelen vermeld, komen ook toe aan echtgenooten, ouders, grootouders, kinderen en kleinkinderen, wegens belediging kunnen echtgenooten, kinderen, kleinkinderen, ouders en grootouders, na derzelver overlijden, aangedaan.

1412. De burgerlijke regtsvordering ter zake van belediging kan niet worden toegewezen, indien niet blijkt van het oogmerk om te beledigen.

Het oogmerk om te beledigen wordt niet aanwezig geacht voorzover de dader klaarblijkelijk heeft gehandeld in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging.

1413. Ook kan de burgerlijke regtsvordering niet worden toegewezen, indien de beledigde man het te laste gelegd feit bij regterlijk gewijsde onherroepelijk is schuldig verklaard.

Hij echter die kennelijk met het eenige doel van belediging, ook dan wanneer de waarheid der aantijging uit een gewijsde, of eene authentieke akte, blijkt, iemand deswege met beledigingen vervolgt, is verplicht aan denzelven de schade te vergoeden, welke deze daardoor lijdt.

1414. Alle regtsvorderingen, waaromtrent bij de voorgaande zes artikelen is gehandeld, vervallen door uitdrukkelijke kwijtschelding, of ook door stilzwijgende, indien, na de gedane en aan den beleedigde bekend geworden belediging, door hem zoodanige blijken van verzoening of van vergiffenis zijn gegeven, die met het woenemen om schadevergoeding of betering van eer te vorderen niet kunnen worden overeengebragt.

1415. De regtsvordering tot schadevergoeding, bij artikel 1408 vermeld, gaat niet verloren noch door den dood van den beleediger, noch door dien van den beleedigde.

3. STRAFWETBOEK

Art. 138. Hij die in de woning of het besloten lokaal of erf, bij een ander in gebruik, wederrechtelijk binnendringt of, wederrechtelijk aldaar vertoevende, zich niet op de vordering van of vanwege den rechthebbende aanstonds verwijdert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van ten hoogste zeshonderd gulden.

Hij die zich den toegang heeft verschaft door middel van braak of inklimming, van valsche sleutels, van een valsche order of een valsch kostuum, of die, zonder voorkennis van den rechthebbende en anders dan ten gevolge van vergissing binnengekomen, aldaar wordt aangetroffen in den voor de nachtrust bestemden tijd, wordt geacht te zijn binnengedrongen (Sr. 89,90.)

Indien hij bedreigingen uit of zich bedient van middelen geschikt om vrees aan te jagen, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar.

De in het eerste en derde lid bepaalde straffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien twee of meer vereenigde personen het misdrijf plegen.

Art. 261. Hij die opzettelijk iemands eer of goeden naam aanrandt, door telastlegging van een bepaald feit, met het kenlijk doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, wordt, als schuldig aan smaad, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van ten hoogste zeshonderd gulden.

Indien dit geschiedt door middel van geschriften of afbeeldingen, verspreid, openlijk ten toon gesteld of aangeslagen, of door geschriften waarvan de inhoud openlijk ten gehoor wordt gebracht, wordt de dader, als schuldig aan smaadschrift, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van ten hoogste zeshonderd gulden.

Noch smaad, noch smaadschrift bestaat voor zoover de dader klaarblijkelijk heeft gehandeld in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging.

Art. 262. Hij die het misdrijf van smaad of smaadschrift pleegt ingeval het bewijs der waarheid van het te laste gelegde feit is toegelaten, wordt, indien hij dat bewijs niet levert en de telastlegging tegen beter weten is geschied, als schuldig aan laster, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren.

Ontzetting van de in artikel 28 no. 1-3 vermelde rechten kan worden uitgesproken.

Art. 263. Het bewijs der waarheid van het te laste gelegde feit wordt alleen toegelaten in de volgende gevallen :

- 1° wanneer de rechter het onderzoek naar de waarheid nodig acht ter beoordeling van de bewering van den beklaagde dat hij in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging gehandeld heeft;
- 2° wanneer aan een ambtenaar een feit begaan in de uitoefening zijner bediening wordt te laste gelegd.

Art. 264. Het in artikel 263 bedoeld bewijs is niet toegelaten, indien het te laste gelegde feit niet dan op klachte kan worden

vervolgd en geene klachte is gedaan.

Art. 265. Indien de beleedigde aan het te laste gelegde feit bij rechterlijk gewijsde onherroepelijk is schuldig verklaard, is veroordeeling wegens laster uitgesloten.

Indien hij van het te laste gelegde feit bij rechterlijk gewijsde onherroepelijk is vrijgesproken, wordt dat gewijsde als volkomen bewijs der onwaarheid van het feit aangemerkt.

Indien tegen den beleedigde wegens het hem te laste gelegde feit eene strafvervolgning is aangevangen, wordt de vervolging wegens laster geschorst totdat bij gewijsde onherroepelijk over het te laste gelegde feit is beslist.

Art. 266. Elke opzettelijke beleediging die niet het karakter van smaad of smaadschrift draagt, iemand hetzij in het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding, hetzij in zijne tegenwoordigheid mondeling of door feitelijkheden, hetzij door een toegezonden of aangeboden geschrift of afbeelding, aangedaan, wordt, als eenvoudige beleediging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van ten hoogste zeshonderd gulden.

Art. 328bis. Hij, die, om het handels- of bedrijfsdebiët van zichzelf of van een ander te vestigen, te behouden of uit te breiden, eenige bedriegelijke handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon, wordt, indien daaruit eenig nadeel voor concurrenten van hem of van dien ander kan ontstaan, als schuldig aan oneerlijke mededinging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar, of geldboete van ten hoogste achttienhonderd gulden.

4. ONTWERP VAN EEN NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

Art. 6.3.19. 1. Wanneer iemand ter zake van een onjuiste of onvolledige publikatie uit onrechtmatige daad jegens een ander aansprakelijk is, kan de rechter hem op vordering van die ander veroordelen tot openbaarmaking van een rectificatie op een door de rechter aan te geven wijze.

2. Hetzelfde geldt indien aansprakelijkheid ontbreekt wegens het niet kennen of kunnen kennen van de onjuistheid of onvolledigheid der publikatie, in welk geval echter de ander de kosten van de openbaarmaking der rectificatie moet dragen voor zover de redelijkheid zulks medebrengt.

5. WET ECONOMISCHE MEDEDINGING

Art. 1. 1. Deze wet verstaat onder: mededingingsregeling: een overeenkomst of burgerrechtelijk besluit, waarbij de economische mededinging tussen eigenaren van ondernemingen wordt geregeld;

economische machtspositie:
een feitelijke verhouding of rechtsverhouding in het bedrijfsleven, die een overwegende invloed van een of meer eigenaren van ondernemingen op een markt voor goederen of diensten in Nederland medebrengt;

Onze Ministers: Onze Minister van Economische Zaken en Onze Minister, wie de zaak mede aangaat, tezamen;

Commissie: de in artikel 28 bedoelde commissie;

College: Het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

2. Deze wet verstaat onder onderneming mede een bedrijf, waarmee niet wordt beoogd het maken van winst.

3. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat daarbij aan te wijzen overeenkomsten of burgerrechtelijke besluiten, die, zonder de economische mededinging tussen eige-

naren van ondernemingen te regelen daarop nochtans wel van invloed zijn, voor de toepassing dezer wet als mededingingsregelingen worden aangemerkt.

4. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald, dat daarbij aan te wijzen schriftelijk vastgelegde, doch rechtens niet bindende afspraken en bepalingen, waarbij de economische mededinging tussen eigenaren van ondernemingen wordt geregeld of die daarop van invloed zijn, voor de toepassing van de artikelen, 2, 3, 4, 16, 17, 18, 19, eerste lid, onder a, en tweede lid, en 20 als mededingingsregelingen worden aangemerkt.

6. OMROEPWET

Art. 11. Behoudens toestemming van Onze Minister mogen de uitzendingen niet dienstbaar zijn aan reclamedoeleinden.

Art. 38. 1. Iedere instelling, die zendtijd heeft verkregen, kan terzake van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende mededeling van gegevens van feitelijke aard in een door haar gedane uitzending, worden verplicht tot uitzending van een rectificatie, op vordering van een rechtstreeks bij de mededeling betrokkene, indien deze een voldoende belang bij die rectificatie heeft.

2. De President van de Rechtbank te Amsterdam beslist in kort geding op deze vordering, wat de wijze en het tijdstip van uitzendingen van de rectificatie betreft, nadat hij daarover de regeringscommissaris heeft gehoord of in de gelegenheid gesteld hem van advies te dienen.

3. De uitzending van de rectificatie ontslaat de betrokken instelling niet van haar strafrechtelijke of burgerrechtelijke aansprakelijkheid terzake van de oorspronkelijke uitzending.

7. WET BETREFFENDE DE GENEESMIDDELENVOORZIENING

Art. 26. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen voorschriften worden gegeven betreffende:

- a. de uitoefening van de artsenijbereidkunst, waarbij tevens verboden kan worden, dat anderen dan gevestigde apothekers, waarnemende apothekers, tweede apothekers, en apotheekhoudende geneeskundigen aankondigingen bezigen, welke de indruk wekken of zouden kunnen wekken, dat zij de artsenijbereidkunst uitoefenen;
- b. de overdracht van hetgeen in een apotheek, waarin de artsenijbereidkunst niet meer wordt uitgeoefend, aanwezig is;
- c. de inschrijving der in artikel 14 genoemde personen en de kennisgeving, bedoeld in artikel 17;
- d. het toezicht op apotheken, het zonder schadeloosstelling vernietigen of onbruikbaar maken van ondeugdelijke geneesmiddelen en van voorwerpen ten gebruike bij de uitoefening der artsenijbereidkunst, welke niet voldoen aan de daaraan gestelde eisen;
- e. het vaststellen van gebieden, als bedoeld in artikel 7, eerste lid, en de vestiging van een apotheker in een gebied als bedoeld in artikel 7, eerste lid;
- f. de registratie van verpakte geneesmiddelen als bedoeld in artikel 3, de schorsing en de doorhaling dezer registratie, de bereiding, het verkopen, de aflevering, de invoer, de handel, het ter aflevering in voorraad hebben van verpakte geneesmiddelen, voorts de aanprijzing, de verpakking en de door belanghebbenden te betalen vergoeding voor onderzoek en registratie en het toezicht op de naleving van deze voorschriften, één en ander zowel ten aanzien van hen die tot uitoefening der artsenijbereidkunst bevoegd zijn, als ten aanzien van degenen, bedoeld in artikel 2, lid 2, tweede volzin; daarbij kunnen een of meer van die voor-

schriften niet van toepassing worden verklaard op een verpakt geneesmiddel, indien deze toepassing in het belang van de volksgezondheid niet nodig wordt geacht, of van toepassing worden verklaard op enige zelfstandigheid, indien dit in het belang van de volksgezondheid nodig wordt geacht;

g. de vereisten waaraan personen moeten voldoen om voor een vergunning, bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder d, in aanmerking te komen, alsmede de vereisten waaraan de lokaliteiten moeten voldoen, waarin deze personen de verpakte geneesmiddelen bereiden, bewaren, afleveren en controleren; de vereisten, waaraan personen moeten voldoen, mogen slechts betrekking hebben op de vakbekwaamheid van deze personen;

h. de aflevering en de bewaring van en het omgaan met de bij of krachtens die voorschriften aangewezen vergiften;

i. de wijze van aanvragen van door Onze Minister krachtens deze wet te verlenen vergunningen.

Art. 30. 1. Er is een Keuringsraad, Keuringsraad voor de aanprijzing van geneesmiddelen genaamd, welks leden en secretaris Wij benoemen en ontslaan en welke belast is met de beoordeling van de aanprijzing van verpakte geneesmiddelen volgens de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften. Wij benoemen de leden op voordracht van de door Onze Minister aangewezen organisaties en instellingen.

2. In de Keuringsraad hebben in elk geval zitting vertegenwoordigers van één of meer organisaties van apothekers en geneeskundigen en van één of meer organisaties van fabrikanten, groothandelaren en kleinhandelaren in verpakte geneesmiddelen, alsmede van één of meer organisaties, welke zich op het gebied der publiciteit bewegen.

3. Wij geven nadere voorschriften voor de samenstelling en de werkwijze van de Raad. Wij bepalen daarbij tevens de vergoeding, welke door de leden en de secretaris terzake van hun werkzaamheden kan worden genoten.

4. Van de beslissingen van de Raad staat voor belanghebbenden beroep open bij Onze Minister volgens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regelen. Onze Minister beslist niet, dan nadat hij overleg heeft gepleegd met Onze Minister van Economische Zaken.

8. WARENWET

Art. 21. 1. Indien een der opsporingsambtenaren een monster neemt, verpakt en verzegelt hij dat. Hij vergoedt de waarde van dat monster, berekend naar den verkoopprijs.

2. Onze Minister van Arbeid geeft nadere voorschriften voor het nemen, het verpakken en verzegelen van monsters.

3. Indien van waar, die wordt ingevoerd, monster wordt genomen, kan zij in beslag worden genomen.

Art. 22. Op verlangen van hem, in wiens bezit de waar zich bevindt, neemt de ambtenaar een tweede monster, dat hij verpakt en verzegeld in diens bezit laat. Met betrekking tot vloeibare waar geeft hij aan dat verlangen slechts gevolg, indien hem een voorwerp, geschikt om het monster in te doen en te verzegelen, wordt verstrekt.

9. AUTEURSWET

Art. 1. Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld.

Art. 7. Indien de arbeid, in dienst van een ander verricht, bestaat in het vervaardigen van bepaalde werken van letterkunde, wetenschap, of kunst, dan wordt, tenzij tussen partijen anders is overeengekomen, als de maker van de werken aangemerkt degene, in wiens dienst de werken zijn vervaardigd.

Art. 8. Indien eene openbare instelling, eene vereeniging, stichting of vennootschap, een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden, wordt zij, tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was, als de maker van dat werk aangemerkt.

Art. 9. Indien op of in eenig in druk verschenen werk de maker niet, of niet met zijn waren naam, is vermeld, kan tegenover derden het auteursrecht ten behoeve van den rechthebbende worden uitgeoefend door dengene, die op of in dat werk als de uitgever ervan is aangeduid, of bij gebreke van zoodanige aanduiding, door dengene, die op of in het werk als de drukker ervan is vermeld.

Art. 10. Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst verstaat deze wet:

- 1° boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften;
- 2° tooneelwerken en dramatisch-muzikale werken;
3. mondelinge voordrachten;
4. choreografische werken en pantomines, welker wijze van opvoering bij geschrift of anderszins is vastgesteld;
5. muziekwerken met of zonder woorden;
6. teeken-, schilder-, bouw- en beeldhouwwerken, lithografieën, graveer- en andere plaatwerken;
- 7° aardrijkskundige kaarten;
- 8° ontwerpen, schetsen en plastische werken, betrekkelijk tot de bouwkunde, de aardrijkskunde, de plaatsbeschrijving of andere wetenschappen;
- 9° fotografische en kinematografische werken en werken, volgens gelijksoortige werkwijzen vervaardigd;
- 10° werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid.

en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht.

Verveelvoudigen in gewijzigde vorm van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, zoals vertalingen, muziekschikkingen, verfilmingen en andere bewerkingen, zomede verzamelingen van verschillende werken, worden, onverminderd het auteursrecht op het oorspronkelijke werk, als zelfstandige werken beschermd.

Art. 13. Onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan de vertaling, de muziekbeschikking, de verfilming of tooneelbewerking en in het algemeen iedere geheel of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.

Art. 15. Als inbreuk op het auteursrecht wordt niet beschouwd het overnemen van in een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift verschenen artikelen, berichten of andere stukken, met uitzondering van romans en novellen, zonder toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgenden door een ander dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift mits daarbij het dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift waaruit is overgenomen op duidelijke wijze wordt vermeld, benevens de aanduiding van de maker, indien deze in de bron waaruit is overgenomen voorkomt, en tenzij het auteursrecht uitdrukkelijk is voorbehouden.

Bij tijdschriften is het voldoende, indien dit voorbehoud in algemeene bewoordingen aan het hoofd van het nummer voorkomt. Ten aanzien van artikelen, politieke geschilpunten betreffende, nieuwstijdingen en gemengde berichten kan een voorbehoud niet worden gemaakt.

De bevoegdheid tot overneming in het vorige lid bedoeld, bestaat ten aanzien van buitenlandse bladen en tijdschriften slechts, wanneer het geldt nieuwstijdingen, gemengde berichten of actuele artikelen over economie, politiek of godsdienst; de laatste zin van het vorige lid vindt daarbij met betrekking tot artikelen, welke politieke geschilpunten betreffen, geen toepassing.

De bepalingen van dit artikel zijn mede van toepassing ten aanzien van het overnemen in eene andere taal dan die van het oorspronkelijke artikel.

Art. 15a. Als inbreuk op het auteursrecht worden niet beschouwd korte aanhalingen van in een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift verschenen artikelen, zelfs niet in de vorm van persoverzichten, mits daarbij het dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift, waaruit is aangehaald, op duidelijke wijze wordt vermeld, benevens de aanduiding van de maker, indien deze in de bron, waaruit is aangehaald, voorkomt.

Art. 15b. Als inbreuk op het auteursrecht op een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd verdere openbaarmaking of verveelvoudiging daarvan, tenzij het auteursrecht, hetzij in het algemeen bij wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan uitdrukkelijk is voorbehouden. Ook als een zodanig voorbehoud niet is gemaakt, behoudt de maker echter het uitsluitend recht, zijn werken, die door of vanwege de openbare macht zijn openbaar gemaakt, in een bundel verenigd te doen verschijnen.

Art. 16. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd:

a. het geheel of gedeeltelijk, in de oorspronkelijke taal of vertaald overnemen van reeds eerder uitgegeven werken in bloemlezingen en andere werken kennelijk bestemd voor het onderwijs of een ander wetenschappelijk doel, mits:

1° van dezelfde maker niet meer worden overgenomen dan enkele korte gedeelten van zijn werken of enkele korte opstellen of gedichten, en waar het geldt werken als bedoeld bij artikel 10, eerste lid onder 6°, niet meer dan enkele van de werken en in zodanige verveelvoudiging, dat deze door haar grootte of door de werkwijze, volgens welke zij vervaardigd is, een duidelijk verschil vertoont met het oorspronkelijke, met dien verstande, dat wanneer van deze werken er twee of meer verenigd openbaar zijn gemaakt, die verveelvoudiging slechts ten aanzien van één daarvan geoorloofd is;

2° de bepalingen van artikel 25 worden in acht genomen;

3° bij het overgenomene het werk hetwelk of waaruit is overgenomen genoemd wordt, en de maker, voor zover deze op of in het werk is aangeduid, wordt vermeld;

4° aan de maker of zijn rechtverkrijgenden een billijke vergoeding wordt betaald.

b. het aanhalen van stukken uit reeds eerder openbaar gemaakte geschriften, in de oorspronkelijke taal of vertaald, of muziekwerken, en het opnemen van verveelvoudigingen van reeds eerder openbaar gemaakte werken van beeldende kunst in het verband van de tekst van een aankondiging of beoordeling, of van een polemiek of wetenschappelijke verhandeling, mits:

1° aantal en omvang der aldus aangehaalde stukken of opgenomen verveelvoudigingen blijven binnen de grenzen van hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is;

2° de bepalingen van artikel 25 worden in acht genomen; en

3° de maker, voor zover deze op of in het werk is aangeduid, wordt vermeld.

Wij behouden Ons voor bij algemene maatregel van bestuur nader te bepalen, wat in lid 1 sub a, onder 1° is te verstaan onder "enkele korte gedeelten van zijn werken of enkele korte opstellen of gedichten", alsmede regelen te stellen omtrent een overeenkomstig lid 1 sub a, onder 4° te betalen billijke vergoeding. Indien verslag wordt uitgebracht van een in het openbaar gehouden mondelinge voordracht, welke niet reeds in druk is verschenen, kunnen daarvan gedeelten worden aangehaald, in de oorspronkelijke taal of vertaald, mits aantal en omvang der aangehaalde gedeelten blijven binnen de grenzen van hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en degene, die de voordracht gehouden heeft, daarbij vermeld wordt; de bepalingen van artikel 25 moeten in acht genomen worden.

Art. 23. Tenzij anders is overeengekomen is de eigenaar van een teeken-, schilder-, bouw- of beeldhouwwerk of van een werk van toegepaste kunst gerechtigd dat werk zonder toestemming van den-
gene, wiens het auteursrecht daarop toekomt, in het openbaar tentoon te stellen of, met het oogmerk het te verkoopen, in een catalogus te verveelvoudigen.

Art. 25. De maker van een werk heeft, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten:

- a. het recht zich te verzetten tegen de openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker, voor zover deze op of in het werk voorkomen, dan wel in verband daarmede zijn openbaar gemaakt;
- b. het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;
- c. het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.

De onder a, b en c genoemde rechten komen, na het overlijden van de maker tot aan het vervallen van het auteursrecht toe aan de door de maker bij uiterste wilbeschikking of bij codicil aangewezenen.

Van de rechten onder a en b genoemd kan afstand worden gedaan voor zover het wijzigingen in het werk of in de benaming daarvan betreft.

Heeft de maker van het werk het auteursrecht overgedragen dan blijft hij bevoegd in het werk zodanige wijzigingen aan te brengen als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaan. Zolang het auteursrecht voortduurt komt gelijke bevoegdheid toe aan de door de maker bij uiterste wilbeschikking of bij codicil aangewezenen, als redelijkerwijs aannemelijk is, dat ook de maker die wijzigingen zou kunnen goedkeuren.

Art. 35. Hij die zonder daartoe gerechtigd te zijn een portret in het openbaar ten toon stelt of op andere wijze openbaar maakt, wordt gestraft met geldboete van ten hoogste tienduizend gulden.

Het feit wordt beschouwd als eene overtreding.